AVV. GAETANO ROCCHI

STUDI

DI

DIRITTO GIUDIZIARIO CIVILE

ITALIANO

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33 - Via Carlo Alberto - 33

1887

PREFAZIONE

È vecchia quanto le stesse scienze giuridiche la tendenza di una parte dei loro cultori, specialmente dei pratici, di procedere caso per caso, e, confidando in quel naturale buon senso di cui tutti crediamo esser provvisti a dovizia, curarsi poco, come d'inutile pedanteria, di quei principî senza dei quali il buon senso soccorre nelle scienze nostre molto meno di quello che generalmente si crede. (1) — Questo che è vero per le scienze anzidette in generale lo è in special modo per

(1) Il Laurent, che pure, nei suoi *Principes de Droit civil*, ha intenti eminentemente pratici, non si stanca mai di combattere con le parole e con l'esempio questa tendenza che, almeno nei paesi latini, ha da non pochi anni ripreso un certo vigore: egli ricorda che Leibnitz, parlando del Diritto, e in particolare di quello Romano, lo paragonava alle scienze matematiche, e poi aggiunge: « on dit que c'est un Droit « qui sacrifie tout à la logique, on se plaint de ses subtilités. Mais c'est « précisement cette rigueur de raissonnement qui constitue le sens « juridique » : e, sopra simile concetto, ritorna non sappiamo mai quante volte; in un altro punto per esempio dice: « La subtilité est un re- « proche que l'on adresse parfois à notre science et à ceux qui y ont

il Diritto giudiziario civile, e più lo era presso di noi avanti che il Pescatore, vero Santo Padre della moderna procedura civile italiana, non avesse, con le sue profonde indagini, richiamati i cultori di questo ramo del Diritto a dismettere l'idea si tratti pressochè soltanto di materie proprie a un Regolamento giudiziario, e che sia sufficiente procedere con un empirismo più o meno larvato. — Eppure, fra le varie scienze giuridiche, il Diritto giudiziario è forse quella in cui è tanto necessario non dimenticare i principî, quanto è arduo il fissarli e probabile il cadere in errore, o almeno raddoppiare la fatica, (1) ove si voglia affidarsi a quel lume di ragion naturale che soccorre tanto meno qui dove la coscenza del giusto e dell'ingiusto non ha luogo d'agire come nelle questioni proprie al Diritto civile. —

« le plus excellé, aux jurisconsultes romains. Il nous semble que le « reproche implique un éloge. Le Droit est subtil de son essence, il « ne s'arrête pas à la surface des choses... » — Idee consimili manifesta il Mattirolo, degno discepolo del Pescatore, nella prefazione alla prima edizione del suo trattato di Diritto giudiziario, e cita il Marcadé, il quale così si esprime: « Les éléments! les principes! est-ce donc peu de chose « que cela?... Eh, mon Dieu, si les principes étaient moins incompris, « est-ce que nos tribunaux, nos auteurs les plus consultés, les jurisconsultes les plus renommés, seraient si souvent en désaccord?... Il faudrait le dire et le crier bien haut: les principes sont trop oubliés, « trop peu étudiés ... », e seguita poi a dimostrare quanto erri chi crede che, scansando di formulare i principî, si renda più facile la scienza giuridica, mentre in realtà, così facendo, « on rend cette science « beaucoup plus difficile à atteindre, je dirais volontiers impossible ».

(1) Di questa affermazione nostra, cioè che per evitare di rimontar ai principî si renda arduo anche ciò che non lo sarebbe, se ne vedrà un esempio nel caso della teorica relativa agli effetti della perenzione.

La parte interna, direm così, del Diritto giudiziario, è come forza che, movendo da un'unica sorgente, penetra in un complicatissimo meccanismo, si suddivide in forze minori quanto più tenui ed esterni ne sono i varî congegni, e, non vista, lo anima tutto: però, non essere quella forza ciò con cui ci troviamo direttamente a contatto, la complicatezza medesima del meccanismo che tanta parte ha nello svolgersi di quella forza, sarebbe scusa ma non giustificazione per chi studiasse quei congegni in loro stessi, non in rapporto delle forze al cui sviluppo e modificazione essi concorrono e cui sono coordinati, nè, per conseguenza, a quell'ultima trasformazione di forza alla quale tutto quel lavorìo mette capo. — Ora è appunto in una simil cosa che si risolve quella tendenza di cui, nei particolari rispetti del Diritto giudiziario, parlavamo di sopra; ed è da ciò che derivano, senza dir degli errori, tutti quei dispareri per i quali, rispetto alla più gran parte delle questioni di Diritto giudiziario, si può (prendendo appunto a prestito un ditterio procedurale) dire — *tot capita, tot sententiae.* —

Di tutto ciò intimamente persuasi ogni volta che nella pratica ci siamo trovati in mezzo a uno di simili laberinti creati con industre mano là dove ci sarebbe stata una strada facile e diritta, ne siamo, bene o male, usciti col ricorrere ai principî, con lo studiare, seguendola a traverso i congegni della procedura, quella tal forza che non è altro se non l'*azione.* — Ed è in simil modo che sono nati questi nostri studi i quali, come rami staccati dal grande albero di un lavoro in-

torno all'azione civile, (1) potrebbero essere raccolti anche sotto il titolo di — *Saggio di un trattato sull'azione civile in relazione al Diritto positivo italiano.* —

Questo abbiamo voluto dire, non solamente perchè, sapendo coordinati gli studi stessi al concetto accennato, potrà intendersi la ragione per cui ci accadrà (specialmente nella prima e nella quinta fra queste monografie) di porre qualche principio generale di cui non ci sarà poi dato di mostrare le applicazioni pratiche sì che desso potrà apparire d'importanza puramente astratta, ma anche e sopra tutto perchè, l'avere talvolta, trattivi dal voler seguire il concetto che ci guidava, battuta qualche via che non è fra quelle più consuete, non venga attribuito a pretenziosa vanità, cosa questa che ci dorrebbe più di qualunque critica possa esserci fatta per gli errori nei quali, in tema così arduo, saremo pur troppo caduti.

(1) Ove questi non dispiacessero potrebbe staccarsene anche altri: uno, per esempio, concernente l'*eccezione*.

L'ORGANISMO DELLA LITE

A. L'azione e le sotto-azioni a far giudicare.

1. Azione a tutelare il diritto.
2. Azione a tutelare l'azione.
3. Sotto-azione (della azione di cui al § 1) a far giudicare dell'esistenza del diritto.
4. Sotto-azione (dell'azione di cui al § 2) a tutelare la sotto-azione di cuj al § 3.
5. Sotto-azione (della sotto-azione di cui al § 4) a far giudicare della esistenza della sotto-azione di cui al § 3.
6. Sotto-azioni della sotto-azione di cui al § 3.
7. Sotto-azioni (della sotto-azione di cui al § 5) a far giudicare della esistenza delle sotto-azioni di cui al § 6.
8. Sotto-azione (di una sotto-azione simile a quella di cui al § 4) e sue sotto-azioni a far giudicare dell'esistenza della sotto-azione e sotto-azioni di cui ai §§ 5 e 7.

B. Esercizio delle dette sotto-azioni.

a) Giudizi o giudizi incidentali componenti una lite considerati in generale.

9. Esercizio della sotto-azione e sotto-azioni di cui ai §§ 3 e 6 — *Istanza.*
10. *Procedura.*
11. *Giudizio.*
12. Esercizio della sotto-azione e sotto-azioni di cui ai §§ 5 e 7.
13. Esercizio della sotto-azione e sotto-azioni di cui al § 8.
14. *Istanza, procedura* e *giudizio incidentale.*

A. **1.** Ciascun *diritto* va, com' è notissimo, accompagnato dal *diritto a tutelare giudiziariamente il diritto* (1) *(jus agendi)*, cioè in taluni casi impedirne la violazione (ved. p. e. cod. civ., art. 698 e 699), e, peggio, la estinzione (ved. p. e. detto cod., art. 2126, 2121 e 2030), o almeno assicurarne preventivamente la reintegrazione (mediante p. e. la cauzione

(1) È appena necessario il notare che parliamo unicamente di tutela giudiziale, in quanto, quei modi di tutela che non hanno simile carattere, formano oggetto di diritti che non rientrano fra gli *jura agendi*, o fra le *azioni* che è lo stesso, e dei quali quindi non si occupa il Diritto giudiziario; vogliamo parlare p. e. del diritto d'ipoteca, del diritto al risarcimento dei danni ecc. Come tutti sappiamo i Romani definivano appunto l'*jus agendi*, o l'*azione* che dir si voglia, quale l'« *jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi* ».

di cui nel cit. art. 699, o il sequestro conservativo (1) per assicurare il pagamento di un credito non ancora scaduto), e sempre poi compiere la reintegrazione stessa (p. e. con la esecuzione forzata) se la lesione del diritto è avvenuta.

Tale *jus* considerato nel suo esercizio non è che l'*azione*, ed è anzi delle *azioni* che generalmente si parla.

2. L'*jus agendi*, come un qualsiasi altro diritto, è naturalmente, ogni qualvolta esiste, tutelato lui pure da altro *jus agendi* (e così via via); dal che deriva che, per quanto attiene alla esistenza o inesistenza loro, tutti questi *jura* formanti una simile catena, sono reciprocamente connessi: la qual connessità di esistenza per altro (che ben s'intende) non implica che esistendo il primo *jus* (2) debba esistere quel dato *jus agendi* che si sperimenti come proprio all'*jus agendi* che col medesimo si intenderebbe tutelare; esisterà sì, esistendo un determinato *jus agendi*, l'altro *jus* che lo tutela, ma può questo, se così vuol dirsi, non esistere *relativamente* al caso in cui lo si vanta, ossia a quella data persona ecc.

3. Siccome è tutela del diritto, nella quale le varie ipotesi di tutela del diritto sopraccennate (al pari che quelle di tutela non giudiziale) spesso si risolvono o che desse presuppongono, il far giudicare dal magistrato intorno alla esistenza del diritto stato leso, o anche, in certi casi, non leso ancora, così una gran parte di quelle azioni e *jura agendi*, direm così, frazionari in cui, quali elementi suoi, si scinde ogni azione o *jus agendi* di cui vogliasi parlare (3), e che noi

(1) Nel caso del sequestro conservativo la nascita del diritto a tutelare in questo modo il diritto può per fino precedere quella del diritto tutelato.

(2) Naturalmente quanto qui diciamo per un *jus agendi* di fronte ad altro *jus agendi* deve ripetersi per un *jus agendi* rispetto al diritto tutelato.

(3) Questo che diciamo per gli *jura agendi* vale naturalmente per i diritti da questi tutelati; così p. e. il dominio diretto non è, com'è notissimo, che un diritto frazionario del diritto di piena proprietà.

distingueremo col nome di ***sotto-azioni*** e respettivamente *sotto-diritti*,(1) hanno appunto per oggetto il detto giudizio. ed anzi, parlandosi di azioni se ne riconnette ordinariamente l'idea con quelle azioni frazionarie che hanno l'oggetto ora indicato (non p. e. la reintegrazione *di fatto* (2) del diritto mediante la *esecuzione*). — Sarà soltanto delle sotto-azioni aventi il detto oggetto che noi ci occuperemo.

4. Conseguentemente a quello che si è detto (ved. § 2) rispetto alla azione a tutelare il diritto, diciamo ora che, questa sotto-azione a far giudicare dell'esistenza di un diritto, sarà tutelata mediante una sotto-azione a tutelarne un' altra (e così via via) in cui, corrispondentemente a questo scindersi dell' oggetto suo (la azione tutelata) si scinderà quell'azione a tutelare altra azione della quale si è detto nel § ora citato. Naturalmente poi per queste sotto-azioni varrà ciò che, intorno alla connessità della esistenza loro, abbiamo ivi esposto per le azioni.

5. La sotto-azione con cui è tutelata la sotto-azione a far giudicare dell'esistenza del diritto si scinde, al pari di quel che si è visto (§§ 1 e 3) per la azione a tutelare un diritto, in altre sotto-azioni correlativamente ai diversi modi di tutela, e così, oltre, per esempio, (in quanto di questa possa parlarsi) (3) alla tutela di *fatto*, a quella tutela *giuri-*

(1) Ci siamo decisi a malincuore a usare queste parole nuove, se non erriamo, nel linguaggio giuridico; ma, trattando questo tema nella maniera che stiamo facendo, ci è parso necessario il ricorrerci per evitare le inesattezze e la confusione conseguenti al voler rispettare l'uso comune di parlare di — azione — e di — diritto — anche in rapporto alle singole parti delle azioni e dei diritti.

(2) Sul valore di questa espressione — reintegrazione *di fatto* — in contrapposto a una reintegrazione *giuridica*, ved. in principio al § 1 della monografia — *L'organismo della esecuzione forzata* —.

(3) Diciamo così in quanto sembraci chiaro che questa tutela *di fatto* della sotto-azione (o meglio del corrispondente sotto-diritto) a far giudicare

dica che è rappresentata dal giudizio del magistrato (quale, quanto a questa seconda ipotesi, p. e. la sotto-azione che si spiega in giudizio quando si opponga che la parte non è autorizzata da chi di ragione a far la lite; che trattasi di un puro giudizio di jattanza ecc.). Fra le sotto-azioni che ne risultano noi ci occuperemo al solito soltanto di quella avente per oggetto la tutela giuridica ora accennata. — Anche per questa sotto-azione dovrà dirsi che l' esistenza o inesistenza sua è connessa con quella della sotto-azione a far giudicare del diritto da lei tutelata, così come s' intenderà detta la stessa cosa per le altre che la sotto-azione in discorso presuppone (ved. § 8). — Quanto poi diciamo per la sotto-azione a far riconoscere l' esistenza del diritto, e per quelle che dessa presuppone, vale per la sotto-azione (costituente una *eccezione*) a far riconoscere la inesistenza del diritto da altri vantato in giudizio, la quale sotto-azione, correlativamente, presuppone un ordine di eccezioni che mirano a sostenere la inesistenza della sotto-azione a far riconoscere l' esistenza del diritto, nonchè, via via, delle sotto-azioni che questa presuppone, ed è, ognuna, tutelata da un ordine di sotto-azioni a far giudicare di altre sotto-azioni.

6. La sotto-azione a far giudicare della esistenza del diritto (§ 3) si scinde poi in elementi, ossia in sotto-azioni minori, correlativamente allo scindersi in elementi dell' oggetto suo ultimo — il diritto — della cui esistenza trattasi di giudicare; p. e. nelle due sotto-azioni concernenti respettivamente il dominio diretto e il dominio utile, riunite a costituire, con

del diritto, non sia, tutto al più, concepibile che rispetto a quelle sotto-azioni in cui la detta sotto-azione si scinde correlativamente agli elementi di cui sotto *a* nel § seguente, e riferita a quella indiretta reintegrazione del sotto-diritto predetto che si ottenga col pagamento dei danni derivati dalla lesione del medesimo p. e. per parte del testimone che non ha voluto deporre, del perito che non ha fatta la sua relazione ecc.

l'esercizio loro, un'unica lite sulla piena proprietà, oppure esercitate l'una o l'altra separatamente: il che, com'è naturale, ripetasi per ciascuna delle dette sotto-azioni e per il sotto-diritto che forma l'oggetto loro, e così via via.

Ciascuna sotto-azione a far giudicare del diritto, sia frazionaria o no nel senso sopraindicato, e si tratti quindi in realtà di un diritto o di un sotto-diritto, si scinde in elementi anche sotto altro aspetto — *a*). Il riconoscimento del diritto per parte del giudice non può ottenersi senza che prima si compia una serie di fatti materiali o giuridici: l'attore e il convenuto, o almeno il primo, debbono (per dire soltanto dei più essenziali e comprensivi fra i fatti stessi) comparire dinanzi al giudice a spiegare le loro domande, devesi preparare quanto più precipuamente è necessario (le *prove*) a che il giudice possa decidere, e solamente allora sarà dato a questo di giudicare — *b*) Simile atto del giudicare sulla esistenza del diritto si comporrà, alla sua volta, di tutti quei parziali giudizi intorno al diritto di cui si invoca il riconoscimento ed ai fatti che dovrebbero essere causa del diritto stesso, i quali costituiscono altrettante premesse di quel giudizio terminativo intorno all'esistenza o no del diritto che precede immediatamente l'atto esterno dello statuire sull'esistenza predetta. — Questo scindersi in elementi, in rapporto a quello di cui sotto *a* e sotto *b*, di ciascuna sotto-azione a far giudicare del diritto, si risolverà nel venirsi essa a dividere in altrettante sotto-azioni *a fare* quanto si è ora detto sotto *a*, e a *far giudicare* di quanto si è detto sotto *b*.

7. Questo essendo per tale sotto-azione, anche la sotto-azione (di cui al § 5) a far giudicare della sotto-azione stessa si scinderà del pari in tante sotto-azioni a far riconoscere la esistenza di ciascuna fra le altre (quali p. e. quelle che si spiegano quando si opponga l'inammissibilità di una prova, la

incompetenza relativa del giudice adìto, o la inammissibilità dell' *intervento* di un terzo, per la contestazione di sotto-azioni correlative ai fatti con i quali si svolge il giudizio; e quella che si esercita quando p. e. vien contestata la sotto-azione a far conoscere, all' effetto dei danni, della giustizia di un atto amministrativo, per ciò che concerne le sotto-azioni a far sì che il giudice compia tutto quello con cui si esaurisce il giudicare).

Siccome poi il giudicare intorno a una sotto-azione è perfettamente analogo al giudicare di un diritto, così per la sotto-azione a far giudicare della sotto-azione avente per oggetto il riconoscimento del diritto, e per ciascuna delle sotto-azioni in cui ora la abbiamo veduta scindersi, potrà ripetersi quello che nel § 6 si è detto in rapporto alla sotto-azione a far giudicare del diritto.

8. Conseguenza della quale affermazione sarà che per la sotto-azione di cui al § 5 e sotto-azioni sue di cui al § precedente, rispetto alla sotto-azione (quale p. e. quella che si esercita quando si opponga essersi rinunziato a sostenere di essere legittimamente autorizzati a far la lite) e sotto-azioni sue (quale p. e. quella che si spiega quando viene opposta l'incompetenza del giudice a giudicare di una questione sull'ammissibilità di una prova, o si opponga la rinunzia a insistere nella questione stessa) a far giudicare delle prime, varrà quello che si è visto per la sotto-azione a far giudicare del diritto rispetto alla sotto-azione a far giudicare di questa.

Similmente per questa nuova sotto-azione e sotto-azioni sue, e così via via, si dovrà applicare quello che per la sotto-azione e sotto-azioni di cui al § precedente abbiamo ivi detto ragionando per analogia di quanto, in rapporto alla sotto-azione a far giudicare del diritto, si è esposto al § 6.

B. a) 9. Fin qui della esistenza della sotto-azione a far giudicare del diritto e di quella delle altre che essa presuppone. Ritornando ora alla sotto-azione predetta diremo che, quando questa viene esercitata, tale esercizio si traduce nella *istanza* che vien fatta per ottenere il giudizio del magistrato intorno alla esistenza del diritto. Correlativamente poi, ben si comprende, allo scindersi nelle sotto-azioni sue della sotto-azione in parola, si scinderà in altrettante parti la *istanza*.

10. Il complesso di quei fatti, risultanti o no da determinati *atti*, mediante i quali si estrinseca l'esercizio della sotto-azione a far giudicare intorno al diritto, e di quelli altri fatti che formano l'oggetto di simile sotto-azione e sotto-azioni sue, tale complesso, dicevamo, chiamasi *procedura* (1).

11. Più comunemente però tutto questo complesso di fatti la importanza del quale è determinata dal conseguimento dell'oggetto suo ultimo, che è il giudizio del magistrato intorno alla esistenza del diritto dedotto, prende, da questa parte finale dello svolgimento della istanza, nome di — *giudizio*, — e nel tempo stesso — *procedura* — si restringe a indicare solamente il complesso di fatti mediante i quali si estrinseca l'esercizio della sotto-azione in parola. (2) — Il *giudizio*, e così la *procedura*, si scinderanno in parti correlativamente allo scindersi della sotto-azione predetta nelle sotto-azioni sue.

12. Bene spesso avviene che, oltre la questione sulla inesistenza del diritto vantato (inesistenza che naturalmente

(1) Noi parliamo, perchè di questa soltanto dobbiamo occuparci, della sotto-azione a far giudicare del diritto, ma quello che diciamo, spiegando il vocabolo — *procedura*, — in rapporto alla sotto-azione medesima, vale anche in proposito di esercizio di altra qualunque sotto-azione.

(2) Nella monografia. — *Degli effetti della perenzione rispetto alla lite* — vedremo di ciò un esempio nel linguaggio del legislatore in rapporto appunto agli effetti stessi.

implica quella *assoluta* della azione che gli sarebbe propria e quindi della sotto-azione a far giudicare del diritto medesimo), si ha quella che, in ogni modo, ove, esistendo invece il diritto di cui si questiona, esistessero *assolutamente* la azione e sotto-azione predetta, tale sotto-azione, o una delle sotto-azioni sue, non esisterebbe *relativamente* al caso speciale (ved. il § 2); ed è appunto in ordine a tale questione che si compie l'esercizio della sotto-azione (di cui al § 5), o una delle sotto-azioni sue (di cui al § 7) a far giudicare della sotto-azione e sotto-azioni anzidette.

Esercizio di simile sotto-azione, o di una delle sotto-azioni accennate, si ha anche quando ricorre quella necessità giuridica per la quale, anche senza che sia sollevata la detta contestazione, deve essere sottoposta al giudice la questione dell'esistenza della sotto-azione a far giudicare del diritto o di una delle sotto-azioni sue, come si ha p. e. nel caso di ammissione di prove in un giudizio con procedimento sommario, o anche formale ove, pur non opponendosi l'altra parte allo svolgimento della prova, non comparisca a concordare lo svolgimento stesso.

Quando, insieme all'esercizio della sotto-azione a far giudicare del diritto, si abbia l'esercizio della sotto-azione o sotto-azioni ora dette, avremo, rispetto allo svolgersi dell'esercizio di simili sotto-azioni, tutto quanto vale per quello della sotto-azione appunto a far giudicare del diritto; sicchè, alla *istanza* che l'esistenza di questo diritto concerne (che concerne il *merito*), verrà ad aggiungersi un'*istanza* secondaria concernente la esistenza della sotto-azione, o una delle sotto-azioni sue, a far giudicare del diritto (concernente la *procedura*), ed a formare un'unica *istanza* risultante dai due elementi in parola: lo stesso si dica per la *procedura* e per il *giudizio*.

13. Quanto si è detto nel § precedente deve ripetersi per l'ipotesi che essendo stata, nel modo che si è visto nel § stesso, esercitata la sotto-azione di cui al § 5 o una delle sotto-azioni di cui al § 7, siasi, sempre analogamente a ciò che si è detto nel § precedente, avuto esercizio della sotto-azione, o sotto-azioni sue, a far giudicare della sotto-azione o sotto-azioni anzidette (§ 8).

14. Quello che si è esposto nel § 12 si verifica in un modo assai più sensibile quando, ciò che attiene all'esercizio della sotto-azione a far giudicare del diritto e quello che attiene invece all'esercizio della sotto-azione a far giudicare della detta sotto-azione, la questione di merito e la questione di procedura, si svolgono separatamente in ordine ai momenti del giudizio e ai distinti giudizi che, conseguentemente, vengono dal magistrato portati sull' una questione e sull'altra. In questa ipotesi lo svolgimento della questione procedurale costituirà un giudizio che, per quanto parte di un tutto maggiore, non sarà meno un giudizio distinto; avremo allora, per così dire, un giudizio dentro un altro, un giudizio che *incidit* in quello maggiore, e che appunto dicesi *incidente.* (1) — Cosa questa che naturalmente può ripetersi rispetto al giudizio incidente ove si abbia il caso di cui nel § che questo precede; e così via via, come, pur troppo, può aversene esempio in talune liti.

La controversia sull'esistenza di una sotto-azione a far giudicare è per sua natura *mezzo* alla decisione della controver-

(1) Naturalmente però non escludiamo che, in un più largo significato, sia giudizio incidentale anche la controversia concernente una questione non di merito la quale, più che *nel giudizio* (com'è delle questioni procedurali relative alla istanza che forma tema del giudizio stesso) nasce *per occasione* del giudizio, ma che pure è connessa per modo alla lite pendente da dovere a certi effetti essere considerata quasi come parte della lite stessa (p. e. la questione circa l'esecuzione provvisoria, circa il sequestro giudiziario di ciò su cui pende lite ecc.).

sia sulla esistenza del diritto, o di altra sotto-azione ove di incidente in un incidente si tratti. Potrebbe aversi talvolta che la controversia costituente un giudizio incidente fosse *fine* a se stessa e, insieme a lei, al giudizio e alla lite; ciò in quanto portasse a che venisse riconosciuto come, indipendentemente dalla esistenza o inesistenza del diritto vantato, si abbia quella (relativa, s'intende) della sotto-azione a far giudicare dell' esistenza o inesistenza medesima, mentre, naturalmente, l'esistenza della sotto-azione stessa sarebbe necessaria perchè quel giudizio, e col giudizio la lite, fosse continuabile; il che potrebbe aversi per esempio nel caso che tema del giudizio incidentale fosse la incompetenza relativa del giudice, la nullità della citazione ecc. — Questo caso però non può darsi in quanto simili controversie per le quali possa avvenire che *incidano* a metà in un giudizio, per le quali, direm così, possa aversi che aprano bensì una parentesi nel giudizio, ma parentesi però dopo la quale non continui, ma termini il periodo, simili controversie, dicevamo, si ritiene generalmente non possano formare materia di un giudizio incidentale. (1)

15. Le sentenze che pongono fine all'incidente prendono appunto nome di *incidentali*; in contrapposto a quelle che terminano il giudizio, e che per antonomasia (giacchè in realtà tutte le sentenze, bene o male, definiscono qualche cosa) diconsi *definitive*. — Ma non sono incidentali solamente le sentenze che pongono fine a un giudizio incidentale. Sia pure che la controversia decisa non abbia formato, per quanto lo potesse, o perchè, per la ragione accennata di sopra, non lo potesse, materia di un giudizio incidentale, ma ognorachè una sentenza decida sulla esistenza di una sotto-azione a far giudicare di un diritto o di altra sotto-azione, deciderà sempre una controversia

(1) Ved. Mattirolo, *Diritt. giudiz.* (ediz. 3ª), vol. III, n. 577.

avente carattere incidentale e quindi sarà dessa pure incidentale; salvo, s'intende, che ove, ricorrendo l'ipotesi sopraccennata, si tratti dell'esistenza di una sotto-azione che, ritenuta inesistente, la lite viene a cessare, la sentenza sia incidentale nel senso un po' improprio che si è detto, sia cioè più potenzialmente che realmente incidentale.

Dopo quanto si è detto è poi appena necessario il rilevare: — rispetto alla sentenza *incidentale* che dessa, almeno implicitamente, riconoscerà l'esistenza o l'inesistenza di quanto è necessario esista perchè si abbia la sotto-azione della cui esistenza trattasi di decidere, esista cioè in correlazione alla sotto-azione stessa tutto quanto nel § 6, sotto lett. *b*, abbiamo detto rispetto all'esistenza del diritto e quindi alla sotto-azione a far giudicare del diritto, ma che applicasi (ved. capoversi dei §§ 7 e 8) in relazione all'esistenza di un sotto-diritto e quindi anche al caso di una sotto-azione qualsiasi avente per oggetto il far giudicare di altra simile sotto-azione: dai quali giudizi intorno all'esistenza di quanto si è detto sarà tratta dal magistrato la deduzione sulla esistenza o inesistenza della sotto-azione in disputa, deduzione che sarà premessa immediata di quell'atto esterno della statuizione sull'esistenza o no della sotto-azione medesima, senza del quale potrà aversi un giudizio, nel senso che questa parola ha in logica, ma non un giudicato, una sentenza: ben si comprende poi che qualora, oltrechè di quella sotto-azione lo stabilire l'esistenza o no della quale ha formato l'oggetto ultimo della controversia incidentale, si fosse, dalle parti o d'ufficio dal giudice, fatta questione anche sull'esistenza della sotto-azione a far giudicare di quella sotto-azione e così via via, dovrebbe ripetersi per questa parte secondaria della controversia incidentale quello che si è detto per la principale: — rispetto poi alla sentenza *definitiva* dovrà dirsi che essa racchiuderà, in relazione al contenuto

della sotto-azione a far giudicare del diritto, in relazione cioè all'esistenza del diritto, gli accennati parziali giudizi sull'esistenza di quanto si è detto sotto *b* nel § 6, giungendo in questo modo alla deduzione sull'esistenza del diritto da quella sotto-azione tutelato; e così finalmente, come a suo termine, metterà capo alla statuizione sulla esistenza o inesistenza del diritto medesimo: che se, al solito, oltre essersi fatta questione sulla esistenza del diritto, la si sarà fatta pure, o la avrà sollevata d'ufficio il giudice, sulla esistenza della sotto-azione a far giudicare del diritto stesso, e così per le altre che questa presuppone, dovrà, per la relativa parte della sentenza, ripetersi quello che abbiamo detto parlando della sentenza incidentale.

16. Fin qui dell'esercizio di una data sotto-azione a far giudicare di un diritto e di quelle che presuppone.

Non sempre però un giudizio rappresenta l'esercizio di una sola sotto-azione a far giudicare di un diritto. Spesso avviene che di più diritti, e più azioni per conseguenza, si tratti; nel qual caso più saranno necessariamente le sotto-azioni determinanti il giudizio. — Ciò per altro non escluderà che il giudizio sia unico per quanto siano sotto-azioni di azioni diverse quelle che vi si svolgono; non è meno unico di quando è estrinsecazione di due sotto-azioni della stessa azione (ved. § 6, in princip.) sebbene desse pure potessero formare invece tema di due distinti giudizi, oppure di quando, come sempre avviene per necessità, ci si svolgono tutte quelle sotto-azioni in cui una sotto-azione a far giudicare di un diritto si scinde correlativamente alle singole parti del giudizio e del giudicare (ved. § 6, capov.).

Esaminiamo in quali casi si verifica l'ipotesi ora detta.

1) Troppo ci allontaneremmo dal nostro tema se volessimo trattare di propositi della *eccezione.* Dobbiamo per altro rilevare come uno dei casi in cui in una lite svolgonsi, con

lo svolgersi delle relative sotto-azioni, delle azioni diverse, si ha quando, alla domanda dell'una parte, viene dall' altra contrapposta appunto l'eccezione. In questo caso, a differenza di quel che si ha per gli altri di cui diremo, il diritto della cui esistenza di disputa sarà unico, ma si avranno però due azioni, una che è quella, direm così, *offensiva* di cui è parte la sotto-azione che spiega chi, rispetto a una data istanza, è attore, l' altra *difensiva* di cui è elemento la eccezione che viene spiegata.

2) Passando ora a dire dei casi in cui, non solo di più azioni, ma di più diritti si tratta, rileveremo che, primieramente, (senza dire del caso di più attori) l'attore può dedurre fin da principio più diritti, o anche fare una tal cosa con lo spiegare (fino a che ciò sia concesso da quelle regole per le quali non si può, oltre un certo periodo della lite, cambiare o allargare il campo della controversia) delle nuove istanze che vengano ad aggiungersi a quelle con cui si è iniziato il giudizio.

3) Di fronte all'unica o più istanze spiegate in giudizio può l'altra parte, invece di limitarsi a sostenere, mediante la eccezione, l'inesistenza del diritto che si vanta contro di lei, vantare essa pure, mediante una o più *domande riconvenzionali*, uno o più diritti a favore suo e contro la parte contraria.

4) Le parti in causa possono spiegare delle nuove azioni, ma non già contro chi fino dal principio della lite era appunto parte nella lite stessa, bensì contro un terzo che è divenuto parte solamente in quanto è stato fatto *coattivamente intervenire*: (1) oppure viceversa può un terzo *intervenire volontariamente* in una lite, e, anzichè limitarsi lui pure ad eccepire

(1) Naturalmente a queste parole diamo un largo significato comprendente la *chiamata in garantia.*

l'inesistenza di un diritto dalle parti in causa vantato, dedurre un diritto suo proprio. (1)

5) Finalmente varie istanze possono formare materia di liti distinte ed essere poi *riunite,* stante la *connessità* loro, a formarne una sola.

b) I) **17.** Terminato il giudizio, principale o incidentale che sia, con la sentenza, sarà esaurita la sotto-azione il cui esercizio ha appunto condotto alla sentenza stessa: ma, da questa sentenza, nasceranno delle nuove sotto-azioni fra le quali di quelle simili alle altre venutesi a consumare, quelle cioè aventi l'oggetto di far nuovamente giudicare di quanto fu deciso dalla sentenza medesima. — Quando si eserciti una di queste sotto-azioni verrà ad aversi un nuovo giudizio che, a seconda dei casi, prende nome di giudizio d'*opposizione* (2), d'*appellazione,* di *rivocazione* o di *cassazione.* — Dalla sentenza nasce talvolta anche un'altra sotto-azione simile a queste ora accennate, mirante cioè al solito a far nuovamente giudicare di quanto fu deciso da una sentenza, ma simile sotto-azione appartiene a chi non fu parte in questa lite. Il nuovo giudizio cui apre l'adito l'esercizio di questa sotto-azione è l'*opposizione del terzo.* — Questi giudizi alla loro volta termineranno con una sentenza la quale terrà ferma l'esistenza delle sotto-azioni nate dalla prima sentenza, oppure farà il contrario sostituendo a quelle delle nuove.

II) **18.** Se noi ora consideriamo un giudizio di primo grado vedremo che il giudizio stesso, al pari di quel che av-

(1) Che in realtà, per quanto non manchi chi opina diversamente, possano verificarsi simili ipotesi, vedilo in Mattirolo, *Diritt. giudiz.* (ediz. 3ª), vol. III, nn. 635-637 e n. 670.

(2) Non ignoriamo come da taluno si sostenga che, quello di opposizione a sentenza contumaciale, non è un nuovo giudizio: noi però, con la massima parte dei nostri autori, riteniamo lo sia. Ved. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. III, n. 922.

viene per un giudizio incidentale parimente di primo grado, può bastare lui solo a produrre, mediante la sentenza che lo ha chiuso, un giudicato che non sia altrimenti soggetto ad essere sostituito da un altro: può in fatti non essere dalla legge concesso di provocare un nuovo giudizio, oppure colui al quale ciò sarebbe dato può non usufruire (o non usufruirne nei debiti modi, il che torna lo stesso) di un tale sotto-diritto.

In simile ipotesi la *lite* si sarà svolta mediante un solo *giudizio*, e questo si identificherà con la prima.

19. Talun'altra volta invece, avendosi il contrario di quanto abbiamo accennato, viene, mediante l'esperimento della sotto-azione a gravarsi della sentenza, impedito che la sentenza stessa divenga irretrattabile, e si inizia così un nuovo giudizio, il quale verrà, in certa guisa, ad essere una prosecuzione non interrotta del precedente, ossia una vera e propria continuazione di questo.

In tal caso la lite si identificherà col complesso formato dai giudizi, e, in forza di quella prosecuzione non interrotta, dovrà dirsi che, sebbene più di un giudizio siasi avuto, la *lite* non avrà mai cessato di *pendere*.

Nel caso stesso la detta unicità della lite farà sì che le sentenze definitive dei varî giudizi verranno ad essere, rispetto alla intiera lite, quasi sentenze *interlocutorie*, designazione questa che, quando non abbia il significato generico di ogni sentenza pronunziata durante il corso del giudizio,(1) è riserbata, o almeno la riserbiamo noi, a quelle

(1) Quando cioè non si comprendano sotto tale denominazione, oltrechè le sentenze *incidentali* e quelle che noi designamo come *interlocutorie*, le altre che, sebbene pronunziate durante il corso del giudizio, sono però *definitive* rispetto a una parte del merito, vale a dire contengono la decisione intorno a uno fra più diritti dedotti, o sopra una parte del diritto che si vanta (ved. § 6 in princip.); oppure contengono soltanto una parte di quanto si è visto

sentenze le quali, sebbene non siano quelle che abbiamo chiamate *incidentali*, vengono pronunziate avanti quella sentenza *definitiva* con la quale ha fine un giudizio (p. e. una sentenza che decide la questione di esecuzione provvisoria della sentenza definitiva impugnata).

Questa consecutività non interrotta di giudizi di una stessa lite la si ha nel caso di giudizi d'*opposizione* a sentenza contumaciale, di *appello* ed anche di *cassazione* (1).

(nel § 15) contenere una sentenza come premessa all'affermazione della esistenza o inesistenza del diritto vantato: esempio della quale ultima ipotesi, certamente non facile a verificarsi, lo offre l'art. 869 cod. di commercio per il quale ove occorra, per decidere una controversia commerciale, conoscere del se taluno abbia la qualità ereditaria, deve simile questione essere dal magistrato commerciale rinviata a quello civile. Ci pare poi manifesto che in realtà anche simile sentenza, o altra analoga, abbia carattere di *definitiva*, e quindi non possa essere annoverata fra le *interlocutorie* e tanto meno fra le *incidentali*: simile porzione di sentenza definitiva, più che sentenza definitiva, eccezionalmente staccata a formare sentenza a sè, sarà mezzo per giungere a quell'altra sentenza in cui, da quanto si contiene nella prima sentenza e da altre premesse, si dedurrà l'affermazione della esistenza o no del diritto vantato; ma se così la precedente sentenza medesima aprirà la via a finire di giudicare sull'esistenza del diritto, non per questo non si sarà meno, con la stessa, già incominciato a giudicare sopra un tal punto, e quindi una simile sentenza potrà dirsi *incidentale* solamente in quello stesso largo senso che si è, nel testo, accennato rispetto alle *interlocutorie*; la quale cosa dovendosi ripetere ove si voglia chiamare *incidente* la parte di giudizio che p. e. nel caso accennato dell'art. 869 cod. di comm. si svolge, intorno alla qualità ereditaria, davanti il tribunale civile, sembraci poter concludere che appunto nel senso improprio ora detto il legislatore parla, nel citato articolo, di *incidente* in relazione alla parte di giudizio medesima.

(1-2) L'indole di questo studio non ci permette di dimostrare nel modo che occorrerebbe il buon fondamento della nostra opinione (contraria a quella dei più), per la quale, come vedesi, distinguiamo, in tema di passaggio in giudicato, il mezzo della cassazione da quello della rivocazione: e poi del resto non avrebbero probabilmente scopo pratico simili indagini giacchè incliniamo a credere che il nostro codice non faccia distinzione, sotto tale rispetto, fra i due mezzi d'impugnare le sentenze. Avvertiamo poi che le parole con le quali nel testo abbiamo accennato ai criteri discretivi fra il mezzo della rivo-

20. Accade invece talvolta che, dopochè è terminata la lite, e quindi si è avuta una sentenza definitiva irretrattabile, viene ad apparire, o si pretende apparisca, come non abbiasi avuto il caso, relativamente più ordinario, che il giudice sia incorso in certi errori di fatto o di diritto che naturalmente escludono aver egli giudicato bene, ma quello bensì di esclusione della volontà stessa di giudicare, e ciò in quanto la sentenza sia l'effetto di un *falso supposto*, il quale, come tutti i falsi supposti, implica che sia stato giudicato sopra un fatto diverso da quello controverso ed esclude quindi che su tal punto siasi avuto un giudizio qualsiasi giusto o erroneo. In questo caso la cosa giudicata *si rescinde*, e, cessata l'irretrattabilità della sentenza, (2) riaccendesi quella lite che aveva ormai cessato di pendere, ha un' appendice, diremo così, quella istanza che era esaurita; e ciò mediante un nuovo giudizio il quale sarà, non continuazione di una lite, ma prosecuzione di una lite che era terminata.

Simile caso si ha rispetto al giudizio di *rivocazione*.

21. Finalmente avviene talora che, terminata la lite, spieghisi da un *terzo* una sotto-azione consimile alle accennate, ma il cui svolgimento non potrà mai costituire una parte della lite intervenuta fra altre persone e terminata con la sentenza in relazione alla quale si spiega. Nel qual caso è evidente che il nuovo giudizio formerà una lite a sè che, come tale, nonchè continuazione non sarà neppure prosecuzione dell'altra accennata. La sentenza contro la quale si spiegherà questo mezzo sarà anello di congiunzione fra le due liti, ma queste non rimarranno meno due liti separate e distinte.

cazione e tutti gli altri, quello della cassazione compreso, sono in gran parte tolte dalla Relazione Pisanelli al cod. di proc. civ., (ved. Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, ediz. 3ª, vol. IV, n. 897), nella qual Relazione però le espressioni medesime sono riferite non solo al mezzo della rivocazione ma anche a quello della cassazione.

Tale giudizio costituente la nuova lite è quello che chiamasi *opposizione del terzo*.

22. Tutto questo che abbiamo detto per un giudizio di primo grado non susseguito da altri e per un giudizio considerato di fronte ad altro giudizio in grado ulteriore, dovrà, ben si comprende, applicarsi analogicamente alle corrispondenti ipotesi che si verifichino per i giudizi incidentali.

C. 23. La sotto-azione a far giudicare del diritto e quelle in cui la medesima si scinde, e così per tutte le altre consimili sotto-azioni che le prime presuppongono, vengono, al pari di una sotto-azione avente qualsiasi altro oggetto, ad estinguersi naturalmente col conseguimento dell'oggetto loro. Desse si estinguono anche (ci sia permessa l'espressione) per morte violenta, così come p. e. si ha nel caso della perenzione.

Il fatto stesso però col verificarsi del quale si estingue una sotto-azione è causa di nuove sotto-azioni: del che abbiamo visto un esempio nell'estinguersi di una sotto-azione determinante un giudizio allorchè questo giudizio è terminato, e nel sorgere di altra all'oggetto di far nuovamente giudicare della controversia stessa; ed altro esempio di quanto abbiamo detto può essere quello della sotto-azione che nasce dalla sentenza, magari irrevocabile, all'oggetto di reintegrare *di fatto*, mediante la esecuzione forzata, il diritto di cui siasi dalla sentenza medesima riconosciuta la esistenza.

INCOMPETENZA GIUDIZIARIA
E INAMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE

I

La teoria della incompetenza giudiziaria e della inammissibilità dell'azione.

A) Secondo l'autore.

1. Esistenza o inesistenza dei diritti o delle azioni in Diritto positivo.
2. Esistenza o inesistenza *assoluta o relativa* di un genere di diritti e di azioni.
3. Inesistenza *relativa* di un genere di diritti e di azioni. — *Inammissibilità dell'azione.*
4, 5. Inesistenza *assoluta* di un genere di diritti e di azioni. — *Incompetenza giudiziaria.*

B) Secondo la giurisprudenza.

6. Incompetenza a giudicare.
7–12. Incompetenza a conoscere di un estremo dell'azione.

II

Le teoriche sulla incompetenza giudiziaria e l'ammissibilità dell'azione, e la legislazione italiana.

13. Legge (20 Marzo 1865) sul contenzioso amministrativo.
14. Legge (31 Marzo 1877) sui conflitti di attribuzioni.

I

La teoria della incompetenza giudiziaria e della inammissibilità dell'azione.

A) Secondo l'autore.

1. — *Ex facto oritur jus*; — ed è appunto di fronte ai vari complessi di *fatti* positivi o negativi che le leggi riconoscono oppur no l'esistenza dei *diritti* ed *azioni* correlative.

I diritti e le azioni, o, se vuolsi dirlo in una sola parola, i diritti (chè, come abbiamo veduto nella precedente monografia, l'azione non è che un *jus agendi* considerato nel suo esercizio) avranno per *causa* obiettiva i fatti di fronte ai quali sono concessi: le leggi, in quanto danno loro quella forza che proviene a un diritto dall'essere riconosciuto da una legge positiva, potranno dirsi la loro *causa* subiettiva.

Come ogni entità qualsiasi così anche i diritti hanno un *oggetto* il quale consiste nel fatto in cui si estrinseca quella *potestà di fare* (intesa la parola — fare — nel suo più largo significato) che costituisce l'essenza del diritto: e nel caso del diritto, come in generale di ogni potestà, l'*oggetto* stesso, ossia il fatto in parola, si immedesima, per così dire, in tal maniera con l'entità cui è proprio, che questa entità si individualizza in relazione all'*oggetto* stesso; si distingue in fatti diritto da diritto completando il senso della parola — *diritto* — con l'aggiunta — *di fare la tal cosa,* — *di fare la tal'altra.*

Tutto questo abbiamo detto per un diritto derivante da un dato complesso di fatti: e naturalmente, quel che si dice per uno, vale per tutti i diritti, sorgano o no dallo stesso complesso di fatti; il sorgere dalla medesima *causa* non impe-

disce che, ognuno dei diritti che ne derivano, sia di per sè stante, precisamente come se nascessero da *cause* diverse.

Se ora dai diritti rimontiamo alla legge positiva da cui, in un certo senso, si originano, ci occorre, per i bisogni del nostro tema, fare una qualche osservazione intorno appunto alla legge considerata in rapporto ai diritti. Abbiamo detto che la concessione o negazione di un diritto per parte della legge si determina di fronte a certi complessi di fatti: la legge però non è, nè potrebbe essere, una casistica, e non prende quindi certamente di mira il tal singolo diritto, il tale singolo, reale, complesso di fatti; essa concede o nega un dato diritto, (1) una data azione, di fronte all'esistenza di certi generi di fatti: sicchè, è inutile il dirlo, di fronte alla legge, come è *potenziale* l'esistenza dei fatti ivi, nel loro genere, previsti, così è *potenziale* quella esistenza dei diritti da quei fatti derivanti che non diverrà *attuale* se non quando appunto diverrà *attuale* l'esistenza dei fatti che costituiscono la causa loro.

Parlando però di generi di diritti (sempre qui e in seguito intendendo parlare anche delle azioni correlative ai diritti stessi) e dei generi di fatti da cui si originano, bisogna distinguere il caso in cui un dato *genere* non rientra in altro maggiore fra loro, da quello in cui vi rientra, e quindi, mentre costituisce il genere di fronte ai generi minori sotto di lui compresi, è poi desso medesimo un genere minore di fronte all'altro genere di diritti maggiore, ossia è un *sotto-genere* (2) di questo: del che

(1) Ricordiamo una volta per sempre che quando si dice — *il tal diritto, la tale azione*, — l'espressione ha, secondo i casi, significato di un determinato *singolo diritto* o *singola azione*, oppure del tal *genere di diritti* o *genere di azioni*.

(2) Ci si condoni se adoperiamo questa espressione invece di quella più comune di — *specie*: — lo facciamo perchè rende più facile il discorso là dove, di ciò che si è indicato come specie, bisogna poco dopo parlare, rispetto ad altra specie minore, come di un genere.

è esempio il genere di fatti giuridici che dicesi — *contratti,* — il sotto-genere del medesimo — *contratti scritti;* — e il sotto-genere di questo sotto-genere — *contratti per atto pubblico* — oppure — *contratti per atto privato.* — Così è che la legge, indicando un genere di fatti e un genere di diritti a quelli correlativi, indica talvolta un vero e proprio *genere*: più spesso però (per quanto anche il genere di cui essa parla sia da lei messo in contrapposto a un sotto-genere del medesimo) (1) trattasi di un *sotto-genere.* È raro in fatti che la legge possa prendere di mira con un'unica disposizione tutti i fatti e i diritti correlativi che costituiscono un vero e proprio genere degli uni e respettivamente degli altri: non in rapporto a tutti i fatti che giuridicamente appartengono allo stesso genere sono accordati o negati gli stessi generi di diritti, e, anche di fronte allo stesso genere di diritti, a seconda dello scindersi in sotto-generi del genere di fatti del quale si tratti, si scindono pure in sotto-generi, corrispondenti ciascuno a ogni singolo sotto-genere di fatti, i diritti che respettivamente ne nascono oppur no.

Questo però non toglie che, anche quando la legge prende di mira dei sotto-generi quasi fossero generi in senso assoluto, dessi costituiscano appunto dei sotto-generi e rientrino quindi in un dato genere.

2. Da queste premesse andremo fra poco deducendo le conseguenze che toccano più da vicino il nostro tema, ma, per poterlo fare, ci occorre prima richiamare alla mente del lettore che, quando si tratta di speciali fatti e dei diritti che ne sorgano, o di determinati sotto-generi dei fatti e diritti medesimi oppure dei generi in cui gli uni e gli altri sono com-

(1) Per esempio il *terreno* di cui nell'art. 454 cod. civ. non rientra meno nel sotto-genere dei terreni in riva all'acqua per questo perchè l'articolo stesso tratta anche di un sotto-genere minore, quale è quello dei terreni lungo mare.

presi, e poi si parla della esistenza o inesistenza dei generi di diritti, (1) se l'esistenza stessa la si considera in relazione al genere di fatti corrispondente si dice che quel genere di diritti esiste oppur no *assolutamente*; se invece la si mette in rapporto ai singoli sotto-generi del genere di fatti correlativo al genere di diritti in parola o ai singoli complessi di fatti che nel genere o sotto-generi predetti rientrano, allora quel genere di diritti, o quel — diritto — (usando la parola in senso astratto) che dir si voglia, si vede, per così esprimerci, rappresentato dal sotto-genere di diritti o dal singolo diritto corrispondente a quel sotto-genere di fatti o a quel singolo complesso di fatti, e si dice che quel genere di diritti esiste o non esiste *relativamente* a quel sotto-genere di fatti o a quel singolo complesso di fatti che si è posto come termine del rapporto anzidetto. Dal che si rileverà che la esistenza o inesistenza predetta sarà, nella detta ipotesi, *assoluta*, e respettivamente *relativa*, anche sotto l'aspetto che, nella prima ipotesi, trattasi della esistenza o della inesistenza dell'intiero genere di diritti, e nella seconda, per quanto si parli di esistenza o inesistenza del genere di diritti di fronte a ciascun sotto-genere di fatti o a ciascun complesso di fatti, la esistenza o inesistenza della quale si tratta sarà soltanto quella del sotto-genere di diritti o del singolo diritto corrispondente rispettivamente al sotto-genere di fatti o al complesso di fatti predetti.

Questo essendo, e siccome l'esistere un sotto-genere di diritti non vuol dire esista un altro sotto-genere di diritti che

(1) Naturalmente quello che diciamo e diremo per il singolo diritto, sotto-genere o genere di diritti di fronte al singolo complesso di fatti e respettivamente al sotto-genere o genere di fatti causa dei diritti predetti, potrebbe essere ripetuto analogamente ponendo invece i fatti stessi di fronte ai diritti accennati: ed invero, l'esistere o no un diritto e l'esserne o no causa il complesso di fatti che lo originano o lo originerebbero, sono termini correlativi.

apparterrebbe allo stesso genere sotto il quale il primo rientra, così: — *a*) potrà aversi che tutti i sotto-generi di diritti che rientrano, o rientrerebbero se esistessero, sotto un dato genere di diritti correlativo a un certo genere di fatti, non siano dalla legge riconosciuti come esistenti, e quindi il genere di diritti in parola debba dirsi inesistente tanto *assolutamente* quanto *relativamente* ai sotto-generi del detto genere di fatti e ai singoli complessi di fatti nel genere e sotto-generi medesimi compresi; — *b*) potrà aversi tutto il contrario, ed allora si dirà che quel dato genere di diritti esiste tanto *assolutamente* quanto *relativamente*, referita quest'ultima parola all'uno e all'altro dei termini sopra accennati; — *c*) potrà finalmente verificarsi che il genere di diritti del quale si tratti esista *relativamente* ad un sotto-genere di fatti e ai singoli complessi di fatti sotto di questo rientranti, e non esista *relativamente* ad altro sotto-genere e ad altri complessi di fatti; ove si abbia la qual cosa, se si considera simil genere di diritti in rapporto al genere di fatti sotto il quale si comprendono i sotto-generi di fatti e i fatti speciali ora detti, non potrà dirsi (in quanto del genere di fatti medesimo è parte il sotto-genere, e i fatti in questo compresi, relativamente ai quali il genere di diritti in parola è concesso) che questo genere di diritti sia *assolutamente* negato; e si dirà invece che, per quanto non esista *relativamente* a uno o più sotto-generi di fatti e a tutti i singoli complessi di fatti in questo o questi sotto-generi compresi, di fronte al genere di fatti preso nel suo complesso, in senso *assoluto* cioè, quel genere di diritti esiste; (1) e que-

(1) Una cosa simile si dice per un singolo diritto o azione quando non si considera l'esistenza sua soltanto *assolutamente*, di fronte cioè in generale ai complessi di fatti dai quali possa nascere, ma anche *relativamente* all'uno piuttosto che all'altro fra quei complessi, sì da dirsi che esso esiste di fronte a uno di tali complessi e non esiste di fronte ad altro.

sto anche quando, prevalendo i sotto-generi di fatti rispetto ai quali non esiste, la legge procede stabilendo la regola del negare e l'eccezione del concedere.

3. Dalle cose dette di sopra risulta che, dato un vero o supposto singolo diritto e stabilito che il genere di diritti (genere o sotto-genere che sia) contemplato dalla legge, e in cui desso rientra, non sia dalla legge concesso e quindi, per ciò appunto, il diritto medesimo debba dirsi inesistente, ciò — *a*) implicherà l'inesistenza *assoluta* del genere di diritti cui quel diritto appartiene se il genere preso di mira è un vero e proprio genere, o se, essendo un sotto-genere e dovutosi perciò risalire a un genere che quello e altri contenga, si constati che ricorre per tutti la non concessione del diritto; — *b*) implicherà invece l'inesistenza *relativa* al caso speciale cui il supposto diritto corrisponderebbe e al sotto genere di casi in cui il detto caso speciale rientri, ove, risaliti al genere in cui il sotto-genere stesso rientra, si troveranno compresi sotto il genere stesso dei sotto-generi di diritti i quali sono concessi. (1)

Allorchè si constata una simil cosa rispetto a un diritto vantato in giudizio, e quando per conseguenza si ha inesistenza relativa del diritto medesimo, ciò viene affermato col dirsi che l'*azione* la quale tutela il diritto stesso è *inammissibile* ;

(1) Non bisogna però confondere un sotto-genere col genere suo o viceversa. Questo notiamo perchè p. e. nella decisione della Cassazione di Roma del 18 settembre 1883 (*Annali*, XVIII, II, 16), mentre si dice che, pur trattandosi di *carenza d'azione*, ciò, essendovi impegnata l'Amministrazione, implica *incompetenza* dell'autorità giudiziaria, in realtà poi si argomenta in modo tale da doversi dire che, secondo la decisione stessa, non già sarebbe mancato il diritto in quella data specie e quindi sarebbesi trattato di carenza di azione, ma non sarebbe stata addirittura questione di un diritto essendochè, come appunto si esprime la decisione, si sarebbe avuto « assoluto difetto della materia giudiziaria ».

la qual frase, almeno nell'intenzione di chi l'adopra, esprime appunto (al pari di quelle consimili di — *improponibilità, carenza dell'azione* —) che l'azione stessa, e quindi il supposto diritto da lei tutelato, deve dirsi inesistente, e perciò l'azione inammissibile, ma non è inesistente l'intiero genere cui il diritto e azione stessa rispettivamente appartengono, il che se fosse, non appartenendo l'azione ad alcun genere di azioni, l'azione stessa, non che essere *inammissibile, non sarebbe un'azione.*

Quando dunque si allega in giudizio un diritto e il giudice, mettendo in rapporto il diritto stesso col complesso di fatti che si verifica nel caso speciale e confrontando poi tutto ciò col disposto della legge, dedurrà dai suoi raziocini che il genere di diritti cui appartiene il diritto vantato non è concesso di fronte al caso speciale, e quindi che quel determinato diritto non esiste, egli statuirà che la domanda *non è ammissibile* e che egli perciò la rigetta.

4. Ma prima di giungere a quell'ultimo atto dell'accogliere o rigettar la domanda col quale si esaurisce l'ufficio del giudice, questi, oltre le premesse sopraccennate, deve essersi formulata quest'altra: — il mio ufficio è di giudicare dei diritti: questo che si vanta è oppur no un diritto? e, per conseguenza, posso o no giudicarne, sia pur anche che il giudizio debba consistere nel dire inesistente quel diritto e rigettare la istanza? — Domanda questa che, come si vede, è ben diversa da quella che pure il giudice deve preliminarmente proporsi, e cioè se — messo fuori di questione trattarsi di un diritto, spetta a lui giudicare di questo diritto oppure ad altro giudice con cui egli divide l'ufficio di giudicare. — Rispondendo in fatti negativamente a questa seconda domanda dovrà dedursene l'*incompetenza* del giudice adìto: che ove invece si tratti della prima, non lui soltanto, ma qualunque giudice sarà incompe-

tente; i giudici, ripetiamo, non sono competenti che a giudicare dei diritti. Nel secondo caso si avrà incompetenza *assoluta,* nel primo *relativa* per quanto pure nel primo caso stesso, quando si considerano separatamente i vari rami della Giustizia distinti per differenze essenziali derivanti dalla varietà della *materia,* ossia dei diritti su cui giudicano (diritti *civili,* diritti cui corrisponde un' obbligazione *commerciale,* diritti della Società offesi dal *delitto*), si dica che la incompetenza stessa è *assoluta,* in contrapposto a quella che, nel medesimo giudice deputato allo stesso ramo della Giustizia, deriva dal *valore* della controversia (e respettivamente pei tribunali penali dalla *gravità* del delitto), dal *territorio* in cui la causa deve svolgersi, o dalla *connessione* con altra causa che trae davanti un giudice quella causa che altrimenti sarebbe di competenza di un altro.

La *incompetenza assoluta* nello stretto senso della parola, e della quale noi trattiamo, si ha, ripetesi, allorchè quanto si vanta come un diritto, quando pure esistesse, non sarebbe un diritto; e siccome questo si ha quando si verifica *inesistenza assoluta* di un dato diritto, così, come vedesi, la *incompetenza assoluta* corrisponderà all' *inesistenza assoluta del diritto* di cui abbiamo parlato, e verrà quindi a stare in contrapposto al caso in cui ricorre soltanto *inammissibilità dell' azione.*

Allorchè dunque si allega in giudizio un diritto, e il giudice giungerà a stabilire la inesistenza assoluta del genere di diritti di cui si tratterebbe, statuirà che egli è *assolutamente incompetente,* e quindi non è il caso di accogliere o rigettare la domanda ma di non giudicare intorno alla medesima.

Dal che si rileverà quel che emerge dalle cose dette e cioè che, nella questione della incompetenza *assoluta,* quella

sulla esistenza di un genere di diritti *relativamente* al caso speciale non può avervi luogo:(1) si tratta di vedere se il diritto vantato rientra in un genere qualunque di diritti, *se* quindi *è o no un diritto*; ove lo sia, sarà poi un' indagine distinta quella del — *se sussiste*, — se cioè ricorrono le condizioni di fatto al verificarsi delle quali la legge subordina il passaggio dalla esistenza puramente *potenziale* dei diritti che concede a quella esistenza *attuale* che viene ad aversi solamente quando si verificano le dette condizioni. — Non appena si esce dai confini sopraccennati propri alla questione di competenza si cade in questo assurdo, in questa flagrante contradizione, di giungere alla conclusione dell' essere incompetente a giudicare al di là della quistione di competenza, ed avere ormai passati questi limiti col decidere se chi vanta un diritto ha torto o ragione. Domandato il parere di un filosofo sopra una questione di fisica, — questo non è affar mio — bisogna risponda il filosofo, e ciò senza che nella sua risposta entrino a determinarla criteri desunti dal fatto che abbia ragione uno dei disputanti oppure l' altro: altrimenti bisognerebbe dire, o che lui filosofo, pur negandosi a farlo, ha consentito a giudicare di fisica, oppure che quello che egli, per esimersi dal giudicare, ha chiamato fisica, in realtà era filosofia, e lui stesso col fatto suo è, trattovi dalla forza delle cose, venuto a smentirsi e tacitamente convenire che la questione in tutto o in parte era di filosofia.

Si guardi però che, se ogni qualvolta si ha inesistenza assoluta di un diritto ricorre incompetenza giudiziaria, non

(1) Nel modo stesso, sebbene per ragioni diverse, la esistenza o inesistenza relativa del diritto, la ammissibilità, cioè, o inammissibilità dell'azione, non può interessare la questione della incompetenza per altro qualsiasi titolo: ma ciò è estraneo al nostro tema limitato alla incompetenza assoluta nel senso più stretto, cioè alla incompetenza dell'autorità giudiziaria.

sempre quando si ha incompetenza giudiziaria ciò dipende dal fatto della inesistenza predetta; come l'essere competenti degli arbitri invece che i giudici non esclude trattisi di diritti, così non lo esclude l'essere chiamato a decidere intorno a dei veri diritti un giudice che non è quello ordinario: ipotesi questa che non è puramente astratta, giacchè anche là dove, come appunto in Italia, non esistono tribunali amministrativi che decidano di quelle cause in cui sia parte o almeno interessata la Pubblica Amministrazione, si ha però che, di certi diritti civili o politici, sono competenti a giudicare soli, o in concorso con l'autorità giudiziaria, dei giudici che a quest'ordine non appartengono; di tutti quanti i diritti p. e. che sorgono nelle parti dai rapporti intervenienti fra coloro che maneggiano il pubblico denaro e la Pubblica Amministrazione non può essere chiamata a giudicare che la Corte dei Conti: per quanto concerne i diritti elettorali, i diritti del cittadino di fronte alle tasse che gli sono imposte, taluni diritti che l'impiegato dello Stato ha come tale, sono, benchè appunto diritti, materia propria alla competenza di tribunali amministrativi. (1)

5. Abbiamo veduto (nel § 1) che da un dato complesso di fatti nascono più diritti, e per conseguenza da un genere di fatti derivano più generi di diritti. Ciò essendo si possono formulare due ipotesi: — *a*) di un genere di fatti dal quale non nasca nessun genere di diritti, e, tutt'al più, derivi un semplice *interesse*; — *b*) di un altro genere di fatti dal quale nasca uno o più generi di diritti, ma non anche degli altri generi di diritti che, considerando solamente l'essenza dei fatti stessi senza tener conto di altri coeficenti di fronte ai

(1) Ved., intorno a queste speciali giurisdizioni, Mattirolo, *Diritto giudiziario*, (ediz. 3ª) vol. I, n. 379 e segg.

quali si determina l'esistenza o l'inesistenza dei diritti, potrebbesi credere ne nascessero: esempio più comprensivo della quale ipotesi, e quello del quale più interessa al giurista di occuparsi, è il caso di un genere di fatti dal quale si originano taluni diritti, ma non certi altri i quali non rappresentano invece che un semplice *interesse* la cui tutela spetta unicamente all'autorità amministrativa.

Se di fronte a questa seconda ipotesi si richiama alla mente quanto sopra abbiamo detto intorno all'essere conseguenziale alla inesistenza assoluta di un genere di diritti e delle azioni respettive la incompetenza del giudice, apparirà evidente che, nella ipotesi stessa, il giudice sarà, di fronte allo stesso complesso di fatti, ora competente ed ora incompetente; competente se, in ordine ai fatti stessi, si sperimenta un'azione che rientra, o rientrerebbe ove esistesse, sotto quel genere di azioni che, dal genere cui i fatti predetti appartengono, il legislatore faccia nascere; incompetente quando si ha tutto il contrario: sarà (se lo si vuol dire in questi altri termini) competente o incompetente a seconda si sperimenti o no un'azione avente un *oggetto* a conseguire il quale azione sia, in senso assoluto, concessa. — Così, come avremo campo di vedere meglio in seguito, dai rapporti intervenienti fra il cittadino e le pubbliche amministrazioni sorgono talvolta dei diritti, e, a conoscere dei diritti stessi, è, in quanto appunto sono tali, competente il magistrato, ma non si riconoscono del pari come diritti certi altri che dalla causa medesima nascerebbero ove uno dei soggetti dei rapporti stessi non fosse la Pubblica Amministrazione; e ciò perchè, in simile ipotesi, dal riconoscerli come diritti proverrebbe limitazione a quelle attribuzioni concernenti l'interesse pubblico che spettano appunto all'Amministrazione, e deriverebbe quindi che, ove l'autorità giudiziaria potesse decidere su questi che diritti non

sono, verrebbe ad invadere un campo non suo, e precisamente il campo amministrativo. Per esempio, nel caso di danni che derivino da opere compiute nelle acque pubbliche, se al cittadino compete l'azione di risarcimento, non è data però azione alcuna in base alla quale il giudice possa ordinare una qualsiasi modificazione dell'opera, modificazione che, per l'indole specialissima delle opere che si compiano nei corsi d'acqua, toccherebbe in modo sensibilissimo quel pubblico interesse la tutela del quale è confidata alla Pubblica Amministrazione: ordinare la demolizione di un muro è un fatto che, giuridicamente, appartiene ad un genere del tutto diverso da quello dell'ordinare la demolizione di un'opera destinata a regolare il deflusso delle acque pubbliche; il primo tocca soltanto i diritti di taluno, il secondo, se anche può toccare il diritto di un cittadino, riguarda però essenzialmente l'interesse pubblico. In modo analogo, nell'ipotesi di un cittadino che abbia risentito danno da un atto amministrativo, è, almeno in massima, indiscusso che non possa parlarsi di azioni che corrispondano a tutti quei modi di reintegrare il diritto leso i quali implichino rivocazione o modificazione dell'atto amministrativo, e esistano in vece tutti quelli altri generi di azioni aventi un oggetto che può essere conseguito, e conseguita così la reintegrazione predetta, senza che per questo permanga meno nel suo pieno vigore l'atto amministrativo giovevolissimo, magari, per l'interesse pubblico, quanto è lesivo dei diritti di un singolo.

B) Secondo la giurisprudenza.

6. Questi principî, così semplici ed elementari del resto, erano (come avremo occasione di accennare in seguito) in

massima ammessi dalla stessa giurisprudenza dei più progrediti fra gli antichi Stati italiani, salvo, s'intende, quando ancora esistevano i tribunali amministrativi, il ritenersi che ogni qualvolta in una questione, che pur non negavasi aver carattere di controversia sopra un *diritto*, fosse impegnata l'Amministrazione, la questione stessa dovesse deferirsi alla competenza di un fôro speciale, i tribunali del contenzioso. Altrettanto, e anche in senso più assoluto, deve ripetersi per un lungo periodo successivo all'abolizione dei tribunali stessi e al passaggio alla competenza ordinaria anche delle questioni sopraccennate. Da qualche anno però, se deve in generale seguitarsi a dire la stessa cosa delle altre Corti, non può, malauguratamente, dirsi altrettanto per la Cassazione di Roma, unica, com'è notissimo, per queste materie. Bisognerebbe fare opera vastissima che non entra punto nel nostro modesto disegno se volessimo tener parola un po' estesamente di quanto questa Cassazione va ritenendo in tema di competenza giudiziaria, e la impresa sarebbe tanto più ardua e più lunga in quanto è cosa impossibile lo stabilire quali siano i criteri cui si informa quel supremo magistrato: vi si possono trovare decisioni, anche sopra la questione di competenza messa in rapporto a un identico tema speciale, informate a principî quanto mai diversi, non esclusi quelli che a noi sembrano degni di esser seguiti. Quello però che (pur senza pretesa alcuna all'infallibilità) a noi sembra chiaro si è, che quei criteri discretivi fra incompetenza del giudice e inammissibilità dell'azione che sono fondamentali in simile materia, vengano spesso, nella giurisprudenza anzidetta, tutt'altro che rispettati: ed è appunto principalmente sotto questo punto di vista che intendiamo parlare della giurisprudenza medesima.

Fra gli esempi che possono darsi di quella confusione che ora lamentavamo sembraci meriti essere rilevato quello che

ci offrono le decisioni sulla questione dei danni di guerra. (1) È notissimo come in simile materia si distinguano i veri danni di guerra da quelli che si sono avuti piuttosto per occasione della guerra, e che, mentre si ritengono refettibili questi secondi, per i primi invece viene affermato tutto il contrario. Ciò posto ritiene la Cassazione che, ogni qualvolta il giudice stabilisce che trattisi di veri e propri danni di guerra, egli debba dichiararsi incompetente. «È un errore (dice nella citata decisione del 25 giugno 1881) il credere che in materia di danni « di guerra i tribunali siano competenti a conoscere sulla do« manda promossa dal danneggiato, e che loro compito, ove « riconoscano trattarsi di danni di tal natura, sia invece quello « di dichiarare inammissibile l'azione». La ragione di ciò è data nella decisione stessa dicendosi che l'autorità giudiziaria è competente solamente quando si faccia questione di un diritto civile o politico, « e posto che i danni di guerra non producono a « favore del danneggiato alcun diritto nè civile, nè politico, in « confronto della Pubblica Amministrazione », ne viene la conseguenza che, a giudicare dei danni stessi, sia il magistrato incompetente. — Giustissima, non vi è dubbio, la premessa per la quale competenza giudiziaria si ha ogni qualvolta si fa questione di un diritto, ma non è, così almeno ci sembra, altrettanto giusta la applicazione che la Corte ne fa. Sia pure che i danni di

(1) Ved. Cassaz. Roma, 17 febbr. 1880 (*Annali*, XIV, II, 63); 22 genn. 1881 (*ibid.*, XV, II, 23); 31 maggio 1881 (*ibid.*, XVI, II, 23); 25 giugno 1881 (*ibid.*, XVI, II, 21); 7 giugno 1882 (*ibid.*, XVI, II, 62); 8 luglio 1884 (*ibid.*, XVIII, II, 154); 13 maggio 1886 (*ibid.*, XX, II, 113). — Possono anche vedersi le seguenti decisioni in vario senso anche sul punto della competenza: Appello Venezia, 2 marzo 1880 (*Temi Veneta*, 1880, 145); Appello Lucca, 8 marzo 1880 (*Annali*, XIV, III, 296); Cassaz. Torino, 21 dicembre 1881 (*ibid.*, XV, I, 1, 451); Appello Milano, 7 luglio 1882 (*ibid.*, XVII, III, 215); e inoltre tutte quelle le cui massime trovansi nelle *Tavole* degli *Annali* predetti, voc. *Responsabilità*, nn. 41-54.

guerra non producano azione di risarcimento contro lo Stato, ma non è forse questione di un *diritto*, sia pure relativamente a quei casi inesistente? Trattandosi di caso fortuito, di forza maggiore (1) mancherà l'estremo necessario ad un'azione di danni, quello che la lesione del diritto sia avvenuta per colpa di qualcuno, ma forse per questo quell'azione cesserà d'essere un'azione, questo diritto d'essere un diritto? (2) Basta condurre alle sue ultime conseguenze il principio che è implicito in quanto afferma la Cassazione per vederne subito l'erroneità; essa in fatti viene in sostanza a dire che — ogni qualvolta il giudice dovrebbe dichiarare che all'attore manca l'azione essendochè non abbia il vantato diritto, egli è tenuto a dichiararsi incompetente: — ma questa tesi è evidentemente inaccettabile chè condurrebbe nullameno a dover dire che *inammissibilità dell'azione e incompetenza* sono una cosa sola; ed a questo appunto è ineluttabilmente trascinata la Cassazione, tantochè, talvolta esplicitamente, tal altra implicitamente, ripete che « per « una giurisprudenza omai formata presso questa Corte su-

(1) È appunto questa la ragione di giudicare nelle decisioni citate. Vedasi anche Giorgi, *Obbligazioni*, vol. V, n. 376, che dice non dare simili danni diritto a risarcimento in quanto trattasi di un *damnum fatale*, ed il Vattel ivi citato che giustifica la conclusione stessa con la ragione che quei danni «*sont causés par une nécéssité inevitable* ». Nel caso analogo di taglio di argini compiuto, per evitare un male maggiore, in occasione di piene dei fiumi, ved. p. e. la decis. della stessa Cassazione, 19 luglio 1886 (*Annali*, XX, II, 161) nella quale pronunziasi l'incompetenza in quanto si ritiene che il taglio fosse una necessità ineluttabile: su tale ultima questione ved. il Giorgi, *loc. cit.*, n. 183.

(2) Se invece di allegare il fortuito per dir *negato* il diritto, ci si dicesse che *non trattasi* di un diritto, e ciò in quanto gli atti d'impero formano un separato *genere* di fatti dai quali può nascere un *interesse* ma non un *diritto* al risarcimento (principio questo che non manca di essere talvolta accolto), noi impugneremmo simile principio, ma non negheremmo ricorrere incompetenza del giudice.

« prema l'assoluta inammissibilità dell'azione implica il con-
« cetto dell'incompetenza giudiziaria ». (1)

La Cassazione stessa, nella decisione del 18 settembre 1883 (*Annali*, XIII, II, 16), per quanto poi finisca coll'affermare, « l'assoluto difetto della materia giudiziaria nella specie » e quindi con l'escludere che si trattasse di un *diritto*, dice che, se si può e deve distinguere l'*incompetenza* dalla *inammissibilità dell'azione* quando l'autorità giudiziaria è accusata d'invadere il campo di altra autorità giudiziaria, il contrario deve dirsi quando, se essa giudicasse del merito di una lite determinata dall'esperimento di un diritto che nella specie non sussiste, invaderebbe il campo di un altro pubblico potere. In questa seconda ipotesi, dice la Cassazione, « quando riconosc-
« scasi che nella specie manchi la possibilità dell'azione, il
« magistrato deve dichiararsi incompetente, perchè manca
« la possibilità del diritto civile o politico, entro i cui cancelli
« la sua giurisdizione è circoscritta »; e ciò al contrario di quel che è nella prima ipotesi nella quale al giudice « spetta di
« pronunziare su tutte le domande per quantunque infondate
« siano in fatto o in diritto..... e in questo caso il giudice che
« si dichiarasse incompetente perchè la domanda sia infondata o
« prematura confonderebbe la questione della competenza col
« giudizio circa il merito o circa la inammissibilità dell'azione ».
Facile però è la risposta: se ci si parla di mancanza della *possibilità di un diritto*, vale a dire si presuppone non si tratti di un diritto, l'affermazione che ciò implichi incompe-

(1) Ved., per esempio, decis. 17 febbr. 1880 (*Annali*, XIV, II, 63); 16 maggio 1882 (*ibid.*, XVI, II, 121); 9 marzo 1885 (*Fôro ital.*, 1885, col. 530); ma più specialmente quella del 29 maggio 1884 (*Annali*, XVIII, II, 102) e i discorsi inaugurali del Procuratore Generale De Falco dei quali vedansene i brani più importanti nella monogr. del Gargiulo inserita nell'*Annuario della proc. civ.*, anno 1883, pag. 191 e segg.

tenza è giustissima, ma naturalmente non vi è più luogo a parlare di un'incompetenza dell'autorità giudiziaria che si identifichi con la inammissibilità dell'azione: se ci si parla invece « *di possibilità di un diritto* NELLA SPECIE », e di una conseguente inammissibilità dell'azione da cui derivi la incompetenza dell'autorità giudiziaria, bisognerebbe, perchè convenissimo che in realtà simile incompetenza può derivare da una inammissibilità dell'azione, ci fosse prima dimostrato che, presupposto un caso in cui l'azione sia inammissibile, in cui il diritto non esista *nella specie*, ma pur sia un *diritto*, possa avvenire che l'autorità giudiziaria, dichiarando l'inammissibilità in parola, invaderebbe il campo di altro potere pubblico: questo però non ci si è dimostrato fin qui, e probabilmente non ci sarà dimostrato mai, salvo, s'intende, che un ritorno della barbarie ci riconduca ad ammettere come verità che il giudice è incompetente ad assolvere o condannare lo Stato per le obbligazioni giuridiche che sia venuto a contrarre.

Nè, il ritenersi incompetenza quando, come nel caso dei veri e propri danni di guerra, trattasi invece di inammissibilità dell'azione, ha soltanto importanza teorica: il magistrato che con i detti criteri giudica intorno alla propria competenza, dovendo decidere la questione stessa *in limine litis*, e messo alle strette (per dir così) fra quel bisogno di giudicare sulla esistenza del diritto in relazione al caso speciale cui lo conduce il trattare dell'inammissibilità dell'azione pur parlando d'incompetenza, e dall'altro canto sentendo l'assurdo cui vien trascinato di andar giudicando intorno a uno speciale diritto mentre si prepara a dichiarare che non è di sua competenza il fare una simil cosa, tende a stabilire quasi *a priori* la mancanza di diritto, e finisce con l'allargare oltre il dovuto la cerchia della inesistenza relativa dell'azione. E questo forse è accaduto talvolta per i danni di guerra, sì che, con

i provvedimenti legislativi presi in proposito dopo che la Cassazione di Roma si fu pronunziata nel senso accennato, lo Stato non ha sempre soddisfatto a un puro dovere di equità.

7. Un' altra questione in relazione alla quale dobbiamo considerare la giurisprudenza in parola, anche perchè, come vedremo, connessa con l'altro punto sotto il cui rispetto abbiamo ora parlato della giurisprudenza stessa, è quella concernente una supposta incompetenza a giudicare che deriverebbe dalla incompetenza giudiziaria (e attribuzione invece dell' autorità amministrativa) a conoscere di uno di quegli estremi dalla esistenza o non esistenza dei quali dipende la esistenza di un diritto e dell' azione correlativa. (1)

Prima ancora di qualunque argomento più speciale ci sembra potere senza più escludere possa parlarsi di una incompetenza di simil genere. Riportandoci a quello che sul contenuto della sentenza, e sugli elementi, per conseguenza, in cui l'atto complesso del *giudicare* si scinde, abbiamo detto

(1) Vedasi: — quanto alla dannosità di opere compiute nelle acque pubbliche le decisioni citate nella monografia seguente: — quanto al conoscere della giustizia di un atto amministrativo, e in particolare degli atti delle autorità comunali concernenti il licenziamento degli impiegati, per esempio, fra le tante, le seguenti tutte della Cassazione di Roma: 5 gennaio 1882 (*Annali*, XVI, II, 46); 9 febbraio 1882 (*ibid.*, XVI, II, 12); 19 gennaio 1883 (*ibid.*, XVII, II, 52); 23 gennaio 1883 (*ibid.*, XVII, II, 52); 24 novembre 1883 (*Rivista Amministrativa*, 1884, 160); 8 gennaio 1884 (*ibid.*, 1884, 271); 3 febbraio 1885 (*Annali*, XIX, II, 46); 5 gennaio 1885, (*Rivista Amministrativa*, 1885, 368); la Cassazione stessa del resto talvolta nega addirittura che, indipendentemente dalla incompetenza a conoscere della giustizia del licenziamento, si tratti di un *diritto*, come può p. e. vedersi nella citata decisione 9 febbraio 1882: — quanto finalmente al conoscere di provvedimenti delle autorità comunali aventi maggiormente carattere di atti d'impero, o dei provvedimenti stessi emanati dallo Stato, citiamo le seguenti: Cassaz. Torino, 23 luglio 1873 (*Annali*, VII, I, 1, 428); Cassaz. Roma, 21 agosto 1881 (*ibid.*, XV, II, 181); idem, 19 maggio 1882 (*ibid.*, XVI, II, 58); idem, 6 luglio 1882 (*Legge*, 1883, I, 219); idem, 16 gennaio 1883 (*Annali*, XVII, II, 47); idem, 11 giugno 1885 (*ibid.*, XIX, II, 115).

nel § 15 della precedente monografia, e più particolarmente a quei singoli, parziali, giudizi su ciascun elemento del fatto che si adduce e del diritto che si vanta, se poi metteremo in contrapposto i giudizi stessi con quel giudizio terminativo sull'esistenza o inesistenza del diritto di cui gli altri non sono che premesse, potremo, per maggiore facilità di espressione dire (come appunto abbiamo fatto di sopra) che il magistrato si fa strada a *giudicare* mediante il *conoscere* degli estremi accennati. Ciò premesso sembra a noi, ripetiamo, si debba dire che se la incompetenza a giudicare implica necessariamente l'incompetenza a conoscere degli estremi della supposta azione, non può parlarsi di quest' ultima incompetenza come cosa di per sè stante, e della quale anzi la incompetenza a giudicare non sia che una conseguenza. La stessa parola esclude l'idea d'incompetenza, ossia, secondo noi, d'inesistenza assoluta dell' azione. *Conoscere*, nel senso in cui usiamo tale parola, implica *andar giudicando*, così come — va compiendo un ragionamento — colui che svolge le premesse le quali lo condurranno a quella deduzione con la quale il raziocinio ha il suo svolgimento finale. Si dice che il giudice non può in certi casi *conoscere* di un estremo dell' azione; ma dunque è di una *azione* che si tratta, e quindi non può affermarsi l'inesistenza assoluta dell'azione medesima. Ed è naturale che sia così: come può concepirsi che non rientri nell' ufficio del giudice il far cosa che è mezzo a compierne altra, se non in quanto non sia ufficio suo occuparsi di quest' ultima cosa? E come, viceversa, si può immaginare che sia proprio dell' ufficio del giudice il giudicare, ma non anche il compiere quei giudizi singoli che al giudicare mettono capo? Per ritenere simil cosa, o bisogna dire che il legislatore, senza occuparsi se trattisi o no di un diritto, abbia, anche quando appunto di diritto si tratti, vietato al magistrato di giudi-

care del diritto stesso e quindi reso illusorio un tal diritto, oppure che il magistrato debba subordinare il suo giudizio a quanto, conoscendo degli estremi di cui non può conoscer lui, abbia ritenuto l'autorità amministrativa, od altra autorità qualsiasi, quell'autorità cioè che talvolta può essere precisamente quella cui si addebita la lamentata lesione di un diritto (1).

8. Supponiamo pure, del resto, che possa, in astratto, parlarsi di una incompetenza a conoscere di un estremo dell'azione spiegata che non derivi dalla inesistenza assoluta del genere cui l'azione stessa appartenga; vi sarebbero sempre però delle ragioni più speciali per le quali non potrebbe ammettersi una simil cosa. Un diritto avente un oggetto il raggiungimento del quale costituisse un ostacolo all'attribuzione amministrativa non può ammettersi che esista, e da ciò è

(1) Simil cosa viene ad aversi quando p. e. l'autorità amministrativa che dovrebbe previamente, perchè il giudice possa poi condannare ai danni, riconoscere la dannosità di un'opera costruita nelle acque pubbliche, è lei stessa che ha compiuta una tale opera. Allorchè si tratti di licenziamento degli impiegati comunali, il Consiglio di Stato, col suo parere del 16 maggio 1885 (*Rivista Amministrativa*, 1885, 489) ha in qualche modo provveduto alle conseguenze della giurisprudenza della Cassazione di Roma per la quale gli impiegati stessi non potevano rivolgersi all'autorità giudiziaria, e nemmeno a quella amministrativa che si rifiutava, nell'approvare le relative deliberazioni dei Consigli Comunali, di farsi giudice del se esse fosser lesive dei diritti degli impiegati. E il provvedimento è consistito nell'addossare ai prefetti simile giudizio, salvo poi al magistrato, ove quel giudizio sia contrario all'Amministrazione, emanare la relativa condanna.

Per il caso degli impiegati comunali ed altri consimili il n. 5 dell'art. 18 del progetto (parliamo di quello Depretis presentato alla Camera il 22 giugno 1886) della nuova legge comunale e provinciale, dispone addirittura che, ogni qualvolta siasi l'autorità giudiziaria dichiarata incompetente, la decisione della controversia spetti alla Commissione Provinciale; lo che, per merito di quella giurisprudenza che dichiara incompetente l'autorità giudiziaria nei casi anzidetti, implicherà un principio di ricostituzione dei tribunali amministrativi.

naturale derivi che il magistrato sia incompetente a giudicare sopra una domanda che si basasse sopra un simile preteso diritto; ma se il giudicare può darsi che implichi un'invasione del giudice nel campo amministrativo, può forse mai dirsi altrettanto per il conoscere dell'estremo di un'azione? Il conoscere di qualche cosa non può tradursi in altro fatto esterno che nella manifestazione del giudizio che si è formato: ora un fatto di simil genere non potrà certamente mettere il minimo ostacolo al libero agire dell'autorità amministrativa; potrà implicare un apprezzamento per parte del giudice sull'operato dell'autorità stessa ogniqualvolta l'estremo di cui trattisi di conoscere concerna il se un atto amministrativo abbia leso o no un diritto, ma simile apprezzamento, quando non travalica nella revoca o modificazione dell'atto, non potrà mai dirsi un ostacolo alla libera azione di chi l'atto stesso ha posto in essere; salvo, s'intende, non si voglia chiamare ostacolo (1) quel sindacato che in tal modo si riconosce poter l'autorità giudiziaria compiere, ai detti limitati effetti, sull'esplicarsi dell'azione amministrativa in rapporto ai diritti dei cittadini (2).

(1) Questo appunto sostiene la Cassazione di Roma p. e. nella decis. 16 gennaio 1883 (*Annali*, XVII, II, 47): citiamo questa perchè, fra quante ce ne sono capitate sott'occhio, è una di quelle nelle quali si afferma in modo più netto il principio accennato e si espongono « gl'inconvenienti..., che a tutti gli « uomini discreti devono parere evidenti », ai quali si andrebbe incontro se l'autorità giudiziaria « potesse sottoporre a sindacato una pubblica autorità, cen- « surarla e condannarla ai danni per avere male usato, e forse anche con « dolo, i suoi poteri discrezionali... »: colui il *diritto* del quale sia stato violato può d'altronde filosoficamente confortarsi ripetendo, con le parole della decisione stessa, che se per tal modo « il diritto dei privati è in qualche parte « limitato ed offeso, ciò deve intendersi sempre come una conseguenza natu- « rale e preveduta, originata dalle necessità del convivio sociale ».

(2) Il che non toglie però che, dopo essere stato un po' scosso dall'art. 2 della legge del 1865 sul contenzioso, non vada riprendendo credito il princi-

Ciò quanto all'*agire* che è proprio all'autorità amministrativa; circa poi il *conoscere* per parte dell'autorità stessa, è evidente che, dovendo essa per regola conoscere unicamente del pubblico interesse, o anche di quello individuale ma in quanto è quota parte di quello pubblico, e spettando invece all'autorità giudiziaria conoscere unicamente di quanto attiene al diritto del cittadino, finchè *interesse e diritto* saranno due cose molto distinte, si aggirerà anche in un campo diverso il conoscere dell'uno e il conoscere dell'altro (1). Nel caso

pio bandito da molti come un assioma che cioè « non si può *processare* il « Governo » come diceva il Mantellini: e naturalmente non intendono parlare soltanto di *processarlo* per gli atti suoi considerati all'infuori di quanto concerne l'essere dessi oppure no lesivi di un diritto. Questa, che dai giudici ordinari non si possa conoscere, a simile scopo, di un atto d'impero, è, del resto un'opinione che può avere i suoi sostenitori; ma allora si abbia la franchezza d'invocare la ricostituzione dei tribunali del contenzioso, e non già trovare equo che, deferite ai tribunali ordinari anche simili cause, e negata poi, più o meno largamente, al giudice la potestà di conoscere degli effetti predetti di un atto amministrativo, si giunga al risultato pratico che il cittadino non abbia aperta la via, nonchè a un tribunale ordinario, neppure a un vero e proprio tribunale amministrativo.

(1) In questo senso ved. p. e. Cassaz. Roma, 13 marzo 1876 (*Rivista Amministrativa*, 1876, 560). Il fondamento dei motivi per i quali la Corte d'appello di Milano nella cit. decis. 7 luglio 1882 (*Annali*, XVII, III, 215) sostiene la incompetenza giudiziaria nel caso dei danni di guerra, è che l'autorità giudiziaria non può conoscere se la guerra fu o no giusta, se giusto e legittimamente preso fu il partito di dichiarare la guerra ecc.: or, se a conoscere di ciò il giudice sarebbe certamente incompetente, è manifesto però non essere di questo che egli può mai esser chiamato a occuparsi; la guerra potrà essere giustissima, ma non sarebbe giusto il danno (ove non fosse un vero fortuito) che colpisca la proprietà del cittadino. Nel modo stesso la Cassazione di Roma, nella decisione 19 luglio 1886 (*Annali*, XX, II, 161), si sforza a sostenere che il giudice non potrebbe conoscere se in realtà il Prefetto avesse bene operato quando ordinava il taglio dell'argine di un fiume in piena; ma evidentemente l'attore non aveva bisogno di sindacare in questo senso l'operato dell'Autorità: gli bastava fosse constatato che, magari saggiamente, con pieno vantaggio pubblico, era stato inferto alla sua proprietà quel danno del quale, a torto o a ragione, chiedeva risarcimento.

poi che per eccezione l'autorità amministrativa, nello svolgere la sua attribuzione, possa e debba preoccuparsi anche dei diritti dei cittadini, (1) non per questo varrebbero meno le ragioni sopra esposte, non sarebbe meno vero cioè che, il ritenere una data cosa intorno a un diritto all'oggetto di farsi strada a giudicare, non costituisce ostacolo all'azione dell'autorità amministrativa, all'esecuzione del provvedimento da lei emanato e che il giudice rispetta col suo giudicato, sia poi oppur no che quel provvedimento sia stato preso in conseguenza dell'aver ritenuto intorno al diritto stesso una cosa magari contraria a ciò che, conoscendone, ha ritenuto l'autorità giudiziaria. Ciò tanto più in quanto la autorità amministrativa, anche in quei casi nei quali deve tener conto dei diritti dei cittadini, conosce dei diritti stessi per quanto le consta o le fa constare l'interessato, non in quel modo che, nel contradittorio delle altre parti, ne conosce il giudice.

Nessun ostacolo dunque nel rispetto dovuto alla attribuzione amministrativa si ha perchè il magistrato conosca di un estremo dell'azione che davanti a lui si esercita, e ciò quand'anche il conoscere di quell'estremo implichi un giudizio, sotto il puro rispetto della lesione che possa aver subìto un diritto, intorno ad un atto amministrativo. Dall'altro canto poi in simile ipotesi, più che in qualunque altra, si avrebbero delle conseguenze veramente enormi ove si ammettesse la incompetenza del magistrato a conoscere di quell'estremo; ciò equivarrebbe in fatti praticamente a stabilire il principio che le autorità amministrative non possano, nello spiegare le attribuzioni loro, ledere i diritti dei singoli, e che

(1) Esempio di ciò è il caso in cui, in forza dell'art. 167 della legge sui lavori pubblici, l'autorità amministrativa deve, nel permettere certe opere alle sponde dei fiumi, tener conto anche del fatto che non possano soffrir detrimento i diritti dei terzi. Ved. monogr. seguente § 7.

in ogni modo di simil lesione non possa conoscere il magistrato ordinario, anzi nemmeno, aggiungiamo, un magistrato amministrativo, poichè di questo diritto della cui lesione si tratti potrà, benchè appunto sia il caso di un *diritto* e non di un semplice *interesse*, essere chiamato a giudicare un tribunale amministrativo, ma se invece ciò rientra nella competenza dei tribunali ordinari non sarà certamente deferito a quello amministrativo di conoscere sopra un estremo di quell'azione che non si svolge dinanzi a lui. (1)

9. Se noi esaminiamo più singolarmente i casi in cui si ritiene l'incompetenza a conoscere di un estremo dell'azione, vedremo che, quanto a quelli in cui tratterebbesi di conoscere della giustizia di un atto amministrativo, l'erroneità della teorica per cui si ammette la incompetenza medesima risulta anche da altri argomenti. Abbiamo ora accennato a un principio per il quale si afferma la incompetenza dell'autorità giudiziaria a conoscere se un atto amministrativo ha oppur no leso un diritto: (2) questo almeno dovrebbe dirsi ge-

(1) Non ci si opponga il caso dell'art. 7 della legge 1 marzo 1885 relativa al pagamento degli stipendi, nomina e licenziamento dei maestri elementari, giacchè la speciale giurisdizione amministrativa a conoscere delle cause che danno luogo al licenziamento del maestro, non toglie, secondo noi, che delle ragioni determinanti il licenziamento conosca poi l'autorità giudiziaria all'effetto di giudicare sull'azione di danni che sperimenti il maestro: l'articolo citato in altre parole non deroga all'art. 4 della legge sul contenzioso; e questo fu concordemente ammesso nella discussione svoltasi nella Camera dei deputati intorno al detto articolo della legge 1 marzo 1885 (ved. *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, Discussioni, vol. IX, pag. 9038-9042); tutto, al solito, si riduce a intendere nell'un modo o nell'altro le disposizioni della legge sul contenzioso. — In senso contrario a questi concetti può, fra le altre, vedersi la decis. della Cassaz. di Roma dell'8 gennaio 1881 (*Annali*, XV, II, 51).

(2) Esigono soltanto non sia rimproverabile all'Amministrazione eccesso di potere, incompetenza o vizio di forma. Ved. De Falco discorso inaugurale alla Cassazione di Roma, 3 gennaio 1881.

neralizzando quanto, in proposito di simile incompetenza, viene ritenuto: in realtà però non è tanto ampio il campo che viene assegnato alla incompetenza stessa. Si distingue fra ingiustizia della quale si può conoscere senza compiere un giudizio di apprezzamento, - d'opportunità, - si dice, e quella per la quale è necessaria una tal cosa: ammettesi la competenza del magistrato a conoscere dell'estremo stesso nel primo caso, lo si nega nel secondo. — Noi, ripetiamo, non sappiamo concepire una incompetenza a *conoscere*. Dato poi potesse parlarsene non ci par possibile segnare la linea di separazione fra caso e caso in cui il conoscere della giustizia dell'atto amministrativo implichi più o meno un apprezzamento: sicuramente che se si suppone che, per giudicare della lesione di un diritto, il magistrato debba sindacare la - opportunità - del provvedimento amministrativo, allora la linea di separazione la vediamo anche noi, e non neghiamo certamente che il magistrato non abbia nè modo, nè potestà di compiere simile apprezzamento: ma, come abbiamo avuto luogo di accennare, non è di questa - opportunità - dell'atto amministrativo, della regolarità, e, in lato senso, giustizia sua di fronte all'interesse generale che il magistrato ha bisogno di occuparsi per dedurre se l'atto stesso abbia oppur no degli effetti che portino lesione al diritto di un cittadino. Eliminata la ipotesi di simile giudizio di - opportunità, - pare a noi debba dirsi che potrà, chi lo voglia, negare al giudice la potestà di conoscere del se un atto amministrativo ha leso un diritto, ma se, come appunto fanno, ci concedono che lo possa, non debbono poi distinguere fra giudizio di maggiore o minore apprezzamento: ingiusto è tutto quanto è contrario alla legge, e si conosce della giustizia dell'atto amministrativo tanto nell'uno quanto nell'altro caso, e quindi il giudice potrà conoscere della giustizia stessa in ambedue le ipotesi; il che però

non vieta, s'intende, che questo giudice competente a conoscere dell'estremo stesso come è competente a giudicare dell'azione di cui si tratta, spieghi poi questa sua giurisdizione col rigettare la domanda perchè p. e. lo Stato, per quanto riguarda gli atti d'impero, non risponde del fatto dei suoi funzionari, e così via discorrendo.

10. Per scorger meglio qual fondamento abbia la accennata distinzione vediamola in rapporto a una speciale questione, e precisamente a quella del licenziamento degli impiegati comunali. La Cassazione di Roma (e con lei altri tribunali) nega che la autorità giudiziaria possa, di fronte alla deliberazione con la quale l'impiegato viene licenziato, conoscere se la deliberazione ha leso o non ha leso il diritto di costui in quanto siano oppur no legittime le ragioni disciplinari addotte dalla deliberazione stessa; (1) ammette invece che, del fatto stesso, possa conoscere quando, non essendo stati nella deliberazione allegati, come determinanti il licenziamento, dei motivi disciplinari, non è necessario il conoscere se, sotto tale rispetto, è stato giusto il licenziamento. (2) Ma forse non si conosce della giustizia della deliberazione tanto allorchè si determina se era un motivo per il quale il Comune potesse legittimamente licenziare l'impiegato il fatto

(1) Ved. sopra la nota alla pag. 39. Si noti che, fra le decisioni della Cassazione di Roma ivi citate, quella del 3 febbraio 1885 riguarda l'analoga questione di licenziamento per inettitudine fisica al servizio: e che nell'altra del 5 gennaio 1885 si ritiene una ragione insindacabile quella allegata « di fare « economie nella amministrazione », mentre nelle altre decisioni del 10 marzo 1885, 5 giugno 1886, e 14 dicembre 1886, citate nella nota seguente, non si menò buona tale ragione.

(2) Vedi le seguenti decisioni della Cassazione di Roma: 5 gennaio 1885 (*Rivista Amministrativa*, 1885, 368); 10 marzo 1885 (*Annali*, XIX, II, 50); 24 marzo 1885 (*ibid.*, XIX, II, 48); 14 novembre 1885 (*ibid.*, XX, II, 3); 5 giugno 1886; (*ibid.*, XX, II, 97); 14 dicembre 1886; (*ibid.*, XXI, II, 7).

che questi si fosse p. e. assentato senza permesso, quanto ove si porti un giudizio consimile sul motivo di licenziamento che l'Amministrazione stessa abbia fatto consistere nella chiusura di quella scuola nella quale l'impiegato prestava l'opera sua di maestro? (1) qual conseguenza, ripetiamo, potrà derivare da ciò che, nell'un caso più che nell'altro, il giudizio del magistrato sia un giudizio d'apprezzamento? Delle conseguenze potrà realmente portarne simile differenza, ma, secondo noi, unicamente nel senso della maggiore o minor difficoltà per il giudice di stabilire se lesione di un diritto vi è stata, e del maggiore o minor bisogno quindi che il giudice ricorra a quella presunzione del non essere un dato atto lesivo dei diritti di alcuno, presunzione che assiste chiunque e certamente a tanto maggior ragione una pubblica autorità.

11. Questa distinzione fra caso e caso che si fa rispetto agli atti delle autorità comunali concernenti gl'impiegati delle Amministrazioni medesime, la si applica parimente nell'ipotesi di atti delle Amministrazioni comunali aventi maggiormente carattere di atti d'impero, e lo stesso per quelli aventi il carattere medesimo e che emanino dallo Stato. Così la più gran parte della nostra giurisprudenza, ed anche spesso la stessa Cassazione di Roma (2) ammettono che la autorità giudiziaria possa, all'effetto di poter giudicare sopra una domanda

(1) Del resto, e senza dire delle altre corti, e per fino degli antichi tribunali amministrativi, la stessa Cassazione di Roma ammise per lungo tempo che, senza distinzione fra caso e caso, l'autorità giudiziaria potesse conoscere della giustizia delle deliberazioni con le quali si disponga il licenziamento dell'impiegato, ed ammise per conseguenza, almeno rispetto a simili atti, che il giudice potesse sempre conoscere, all'effetto della condanna nei danni, del se da un atto amministrativo non di pura gestione sia derivata lesione a qualche diritto di un cittadino. Ved. nel senso stesso le decisioni citate nella nota alla decisione edita negli *Annali*, XVI, II, 12.

(2) Vedi la monografia seguente.

di risarcimento, conoscere se, per effetto di atti o fatti compiuti dalla Amministrazione dello Stato in rapporto alle acque pubbliche, abbia subìto detrimento il diritto di taluno; e altrettanto si dica per altri casi nei quali si crede che, il conoscere sotto il detto aspetto degli effetti di un atto amministrativo, non sia un - processare il Governo: - (1) quando invece simil cosa, a loro dire, si avrebbe, negano la competenza del giudice a conoscere degli effetti predetti. (2) — Non potendo, senza uscire dal nostro tema, limitato com'è ai sommi principî propri alla incompetenza e alla inammissibilità dell'azione, progredire più oltre nel vastissimo campo della competenza giudiziaria in rapporto agli atti dello Stato come Governo, non ci resterebbe, per rimanere ai principî fondamentali, che dire per simili atti dello Stato quello che sopra abbiamo detto per gli atti medesimi in quanto emanino dalle autorità comunali: ci contenteremo quindi di ripetere ancora una volta che, ove si guardi bene di non confondere *diritto* con *interesse* (3) e siasi per tal modo sicuri che quello di cui si tratta è veramente un diritto, sarà facile, a chi esamini la cosa

(1) Vedi fra le decisioni della Cassaz. di Roma, p. e. le seguenti: 14 aprile 1882 (*Annali*, XVI, II, 95); 1 giugno 1882 (*ibid.*, XVI, II, 60); 10 agosto 1883, (*Rivista Amministr.*, 1884, 48); 25 marzo 1885 (*Annali*, XIX, II, 72); 1 maggio 1885 (*ibid.*, XIX, II, 87); 9 settembre 1886 (*ibid.*, XXI, II, 16).

(2) Vedansi in fine della nota a pag. 39 le decisioni ivi indicate.

(3) Su questo insistiamo tanto più volentieri perchè talvolta si parla d'incompetenza a conoscere, in rapporto alla lesione di un diritto, degli effetti di un atto d'impero, mentre, appunto perchè si tratta di un *interesse* e non di un *diritto*, non che aversi in realtà incompetenza a conoscere degli effetti stessi, ricorre quella incompetenza a *giudicare* che induce l'altra a *conoscere*. Per esempio nella decis. della Cassaz. di Roma del 21 marzo 1879 (*Rivista Amm.*, 1879, 887) si parte dal presupposto che, quello dei fornai di vendere il pane a maggiore o minor prezzo, sia un *diritto*, e in questo concetto si ammette che, in quei casi in cui la Cassazione dichiara poter l'autorità giudiziaria conoscere della giustizia di un atto d'impero, i fornai possano chiedere davanti ai giudici risarcimento

senza preconcetti, persuadersi che non vi è ragione di distinguere fra caso e caso, e che, quanto i nostri stessi avversari concedono per l'uno, debbono concederlo per l'altro. (1)

12. Ma poi supponiamo pure che, questa supposta incompetenza del magistrato a conoscere degli effetti di un atto amministrativo, in realtà la si avesse: ne verrebbe forse per questo che il giudice dovesse, come appunto vien fatto, dichiarare la propria incompetenza a giudicare di quella azione di un estremo della quale il giudice stesso si suppone non possa

dei danni che il Comune abbia loro prodotto stabilendo un *calmiere* secondo il quale dovrebbero vendere il pane a troppo basso prezzo: lo stesso, e anzi concedendo al giudice di conoscere senza restrizione di sorta sulla giustizia dell'atto amministrativo concernente i calmieri, ritenne la Cassazione stessa nella decis. 13 marzo 1876 (*Rivista Amministr.*, 1876, 560). Ora invece pare a noi evidente che, quello di esercitare un'industria con maggiore o minor profitto, non sia punto un *diritto*, come non lo è il macellare in un luogo piuttosto che in un altro (Appello Genova, 1 luglio 1881, *Rivista Amministr.*, 1882, 25), o il portare armi in quanto l'Autorità non lo permetta, mentre bene è un *diritto* la proprietà delle cose che l'Autorità, allegando ragioni sanitarie, ha fatte distruggere, e così via discorrendo; il che appunto, quanto agl' interessi dei fornai di fronte ai *calmieri*, fu ritenuto dalla Cassazione di Firenze con la sua decisione del 19 aprile 1877 (*Rivista Amm.*, 1877, 382), e così, per quanto in modo non del tutto chiaro, dalla Corte d'appello di Parma, 9 giugno 1882 (*Rivista Amministr.*, 1882, 495).

(1) Siccome ciò avrebbe ben poco interesse pratico ci asteniamo dal dimostrare con larghe citazioni come, non solo rispetto alle deliberazioni relative al licenziamento d'impiegati comunali (ved. sopra la nota 1 alla pag. 48), ma anche rispetto agli atti aventi maggiormente carattere di atti d'impero, la giurisprudenza della stessa Cassazione di Roma fosse in passato abbastanza spesso consona ai principî da noi sostenuti. Ci basta citare la decisione della Cassazione di Roma del 13 marzo 1876 (*Rivista Amm.*, 1876, 560) in tema di un provvedimento relativo alla *meta* dei prezzi del pane, l'altra della Cassazione medesima, 17 agosto 1878 (*Annali*, XII, II, 213) e la giurisprudenza per la quale vedansi le tavole degli *Annali* voc. *Autorità giudiziaria e amministrativa.* — Fra le decisioni recenti citiamo Appello Catania, 24 gennaio 1883 (*Annali*, XVII, III, 249).

conoscere? Ci pare manifesto che no: (1) dato pure che talora il giudice non potesse, in forza dell'incompetenza stessa, compiere l'ufficio suo, la *causa* non si trasmuterà per ciò in un *affare*; se l'*azione* spiegata è un'*azione*, se il *diritto* vantato è un *diritto*, nulla potrà valere a far sì che non siano quello che sono; e se di una azione, se di un diritto si tratta, il giudice cui sia demandato giudicare dei diritti stessi potrà dichiarare che, per la ragione accennata, non gli è possibile il giudicare, nè quindi ammettere l'azione, ma non dichiararsi incompetente. Del resto, quelle stesse decisioni le quali ritengono la detta incompetenza a conoscere, vengono implicitamente a consentire in tutto questo ognorachè, come spesso accade, affermano che, una volta abbia l'autorità amministrativa conosciuto di quell'estremo a conoscere del quale dicono incompetente il giudice, possa questo giudicare sulla domanda: (2) un *interesse* che si trasmuta in un *diritto*, un *affare* che diviene una *causa*, noi, ripetiamo, non lo si sa concepire.

II

Le teoriche sulla incompetenza giudiziaria e l'inammissibilità dell'azione, e la legislazione italiana.

13. Se la legge potesse limitarsi a stabilire il sommo principio che regoli una data materia, e non dovesse invece, specialmente per quanto concerne la delicatissima materia delle

(1) In questo senso ved. Appello Lucca, 18 aprile 1882 (*Annali*, XVI, III, 211).

(2) Vedi, per il caso di licenziamento degli impiegati comunali, in fine del parere del Consiglio di Stato, 16 maggio 1885 (*Rivista Amministr.*, 1885, 489) e la citata circolare del Ministero dell'Interno, 8 giugno 1885, n.° 15700-9; e, nella monogr. seguente, le decisioni sulla analoga questione in rapporto ai danni provenienti da opere compiute nelle acque pubbliche.

giurisdizioni, determinare essa stessa dei principî secondari che siano tante applicazioni del primo, sarebbe bastato, per disciplinare la materia stessa, l'art. 2 della legge (20 marzo 1865) sul contenzioso amministrativo; ivi si dice: « Sono de-« volute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per con-« travvenzioni e tutte le materie nelle quali *si faccia que-« stione di un diritto civile o politico,* comunque vi possa « essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè « siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'au-« torità amministrativa ». (1) Là dove di un diritto si tratta, potrebbe dirsi, là dove di un diritto *si fa questione*, esista o no quel dato diritto, là deve esserci un magistrato che lo tuteli. Questo, ripetiamo, sarebbe bastato; ma il legislatore sapeva che doveva romperla con una rete molto fitta di preconcetti politico-giuridici, e aggiunse altre parole le quali, mettendo in contrapposto i vecchi coi nuovi principî, scolpissero ancora meglio quali fossero questi nuovi principî; esso, dopo aver dichiarato che, ogni qualvolta si fa questione di un diritto, a giudicare della controversia è competente il magistrato ordinario, dichiara che questa regola deve rimanere ferma anche quando « vi sia interessata la pubblica am-« ministrazione, *e ancorchè siano emanati provvedimenti « del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa* ». Ci pare di poter affermare, senza spendere troppe parole a giustificarlo, che più limpida conferma delle idee da noi svolte non si potrebbe desiderare: basta *si faccia questione di un diritto* perchè si abbia *una materia devoluta alla giurisdizione ordinaria*; dove, in queste parole, si potrà mai trovare il germe di quella incompetenza per *assoluta improponibilità dell'azione* tirata in campo dalla giurisprudenza

(1) Intorno alla legge in parola e ai suoi precedenti legislativi nei vari Stati italiani, può vedersi Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. I, n. 359 e segg.

che combattiamo? come potrà il magistrato negare al cittadino il diritto di farsi almeno dar torto allorquando non può impugnare che, esista o non esista il vantato diritto, è però di un *diritto* che *si fa questione?* — Dicono, in sostanza, i nostri avversari (1) che, appunto secondo l'art. 2 della legge sul contenzioso, per aversi competenza del giudice bisogna che si tratti di un *diritto*, non di un *interesse*, e che quindi, di fronte a detta legge, per giudicare della competenza dell'autorità giudiziaria, bisogna vedere se in quel dato caso « ci « sia la possibilità di un'azione proponibile dall'attore, am- « missibile contro lo Stato convenuto »; ma chi non vede che se è legittima la premessa, non lo è del pari la deduzione? che, mentre s'incomincia dal parlare dell'essere o no un *diritto* quello che come tale si allega, si finisce poi col riferirsi al fatto che esista o no quel determinato diritto che viene vantato? Ora la legge non dice che spetta al magistrato il giudicare ogniqualvolta *esiste* un diritto, ma bensì tutte le volte che *si fa questione* di un diritto; e, ammesso che, per esempio, quello creditorio sia un diritto, *si fa questione di un diritto* tanto allorchè si vanta un credito esistente, quanto se lo si vanti ma non esista.

Ciò posto, e se, quando si tratta di un diritto, spetta al magistrato di giudicarne, non deriva forse da ciò senza più che a lui spetta compiere quanto, per giudicare, è necessario, e quindi, principalmente, il conoscere degli estremi dell'azione? Ma, se mai dei dubbi potessero sorgere, il legislatore ha avuta cura di esprimere che il magistrato ordinario deve giudicare anche « quando siano emanati provvedimenti del « potere esecutivo o dell'autorità amministrativa ». Questa

(1) Ved. p. e. decis. Cassaz. di Roma, 29 maggio 1884 (*Annali*, XVIII, II, 102), e così del pari Cassaz. stessa, 5 gennaio 1885 (*Rivista Ammin.*, 1885, pag. 368).

frase, nella sua latitudine, comprende anche il caso che, quei provvedimenti essendo stati emanati, bisogni per giudicare della causa conoscere dei provvedimenti medesimi: ma, non basta; la legge ha voluto considerare appunto il caso in cui si attribuisca all'atto amministrativo d'aver leso il diritto del cittadino, e nel suo articolo 4 mette in rapporto gli atti dell'autorità amministrativa e la competenza del magistrato a giudicare intorno ai diritti nel caso speciale anzidetto: « Quando la contestazione (si esprime il detto articolo) « cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto del-« l'autorità amministrativa i tribunali si limiteranno a co-« noscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto « dedotto in giudizio. — L'atto amministrativo non potrà « essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle « competenti autorità amministrative, le quali si conforme-« ranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso « deciso ». Dunque, l'illazione ci pare irrefiutabile, la autorità giudiziaria può « conoscere degli effetti dell'atto in rela-« zione all'oggetto dedotto in giudizio », per quanto attiene cioè al diritto che si pretende leso, non a quanto riguarda l'interesse generale cui l'atto stesso è coordinato: come si può, di fronte a quelle parole così assolute, distinguere fra caso e caso, e negare nella massima parte dei casi che il magistrato possa conoscere degli effetti che in danno dei diritti di un cittadino possa avere un atto amministrativo? Quello che la legge vuole escludere è soltanto che l'autorità giudiziaria, per reintegrare meglio un diritto, revochi o modifichi l'atto amministrativo che riconosca lesivo dei diritti stessi; esiste ogni altra azione che a questo non conduca, e se, per giudicare del diritto tutelato dalla azione stessa, il magistrato deve conoscere di quanto ora si è detto, la legge gli dà espressa facoltà di poterlo fare: come limitargliela?

14. Il criterio fondamentale intorno alla competenza giudiziaria, messa anche in rapporto all'attribuzione amministrativa, ha poi una ulteriore determinazione nell'art. 4 della legge del 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzioni (1); ivi si dice: « la decisione della competenza è determinata « dall'*oggetto della dimanda*, e, quando prosegue il giu« dizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del di« ritto e sulla proponibilità dell'azione ». — La decisione intorno alla competenza è determinata dall'*oggetto della dimanda*, dice la legge; or se si riflette che, l'essere oppur no competente l'autorità giudiziaria, dipende dal fatto che si tratti o no di un diritto, che esista cioè assolutamente il genere di diritti cui quello, a ragione o a torto vantato, apparterrebbe; se si rammenta poi che è in relazione all'*oggetto* suo che si individualizza un diritto e la azione correlativa, si vede tosto come la regola che stabilisce la legge, non avrebbe valore alcuno se, il sanzionare come norma legislativa quello che è principio inconcusso di ragione, non avesse lo scopo di rammentare che dalla stessa *causa* possono nascere più diritti, e come non si debba tener conto dell'essere, la causa, l'una piuttosto che l'altra, una volta che può dalla medesima non nascere un genere di diritti e nascerne invece un altro, ma bisogni unicamente considerare se nasce oppur no quel dato genere di diritti, ossia un genere di diritti aventi un dato *oggetto*: pare quasi che il legislatore antivedesse la possibilità di una giurisprudenza

(1) Intorno a questa legge vedasi la bella monografia del Gargiulo inserita nell'*Annuario della Procedura Civile*, anno 1883, pag. 191 e segg. — Lo studio che ivi si fa della legge stessa, dei lavori preparatorî della medesima, e del modo in cui la Cassazione di Roma l'ha interpetrata, è completissimo, e fatto secondo lo stesso nostro punto di vista: sicchè, per non ripetere gli argomenti dell'esimio Gargiulo, ci dobbiamo limitare a pochissime osservazioni intorno alla legge stessa.

quale, in molte parti, è quella della Cassazione di Roma, e dicesse a coloro che sarebbero stati chiamati a pronunziare sulla competenza dell'autorità giudiziaria: — non vi preoccupate della *causa* del vantato diritto; sia pur dessa un atto amministrativo, e si abbia quindi che dalla medesima non nascano certi generi di diritti, voi curatevi della causa stessa soltanto per stabilire se ne nasca quel genere di diritti sotto il quale rientrerebbe il diritto di cui è questione; tanto meno poi ricercate se da quella speciale *causa* nasca o no un determinato diritto, che ciò è questione di merito e non di competenza. — Modo indiretto questo di dar lume ai magistrati che non è nuovo, del resto: in tema di competenza per valore disponesi analogamente (cod. proc. civ., art. 72) che il valore della causa si determina dalla *domanda*: anche questa disposizione, presa di per sè, non avrebbe alcuna ragione di essere, poichè è ovvio che, il valore della lite non essendo che il valore della *azione*, (1) e l'essere concreto di questa determinandosi dalla *domanda*, chi dice valore della lite dice valore di ciò che si domanda: ma è che al solito il legislatore voleva ricordare che, per quanto p. e. l'atto in cui si deve trovare la causa della domanda abbia, per così esprimerci, un valore di molte migliaia di lire, se poi nell'atto stesso non vuol cercarsi altro che la causa di un diritto in relazione al quale si spieghi in giudizio una domanda del valore di tenue somma, è appunto soltanto di questo valore che si tien conto per determinare la competenza (2). E ben si apponeva il legislatore quando, volendo rammentare queste cose, dichiarava che « la decisione della

(1) Ricordiamo che, in largo senso, anche la *eccezione* è un'*azione*.

(2) Si noti che se si tratta di somma che, come dice il capoverso ultimo del cit. art. 72, « sia parte e non residuo di una maggiore obbligazione » ed è « controversa.... l'obbligazione intiera » (Ved. Mattirolo, *Diritto Giudi-*

« competenza è determinata dall'oggetto della dimanda »; infatti tutte le volte che la giurisprudenza nega esser questione di un diritto mentre di un diritto si tratta, o che dichiara l'incompetenza del giudice là dove si avrebbe inammissibilità dell'azione, è appunto portata a occuparsi della *causa* della domanda piuttostochè dell'*oggetto* (1) e occuparsene, s'intende, non considerando il genere di fatti cui appartengono quelli componenti la *causa* stessa, ma quei determinati, speciali fatti, che sono addotti a sostegno della domanda medesima. — Dice inoltre l'articolo citato che, « quando prosegue il « giudizio, non pregiudica (*la decisione circa la competenza*) « le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibi- « lità dell'azione ». Quando vi è questione sulla competenza dell'autorità giudiziaria possono darsi due ipotesi: che sia dichiarata la incompetenza, ed allora naturalmente cessa il giudizio, anzi vien meno per fino la possibilità di un giudizio; oppure che sia dichiarata la competenza, e si faccia luogo così alla continuazione del giudizio mediante il quale si giungerà a stabilire se esiste quel dato diritto, così come si era prima stabilito che di un diritto era questione: in questo se-

ziario, ediz. 3ª, vol. I, n. 192), pur domandandosi la parte, in realtà si domanda al giudice di riconoscere l'esistenza, e l'inesistenza quanto all'eccipente, di un'obbligazione avente per valore l'intiera somma.

(1) Nella decisione del 19 luglio 1886 (*Annali*, XX, II, 161) dice la stessa Cassazione. « Considerando che ripetutamente questa Corte regolatrice « ha ricordato che nelle quistioni di attribuzioni giurisdizionali ossia di com- « petenza, o meno, dell'autorità giudiziaria a giudicare sopra domande che le « sono presentate di fronte ad atti amministrativi, occorra tener presente non « solo il tenore della petizione, ma pure la causa o fondamento della petizione « medesima ». Ved. anche in proposito discorso inaugurale di cui è riportata una parte a pag. 195 della citata monografia del Gargiulo, capoverso: « Io « convengo senza difficoltà ecc. » Su questo punto speciale, come del resto su tutti i punti da noi sostenuti, ved. in senso conforme la decisione della Cassazione di Roma, 13 marzo 1876 (*Rivista Amministrativa*, 1876, 560).

condo caso, dice il predetto articolo, in cui, alla questione sulla esistenza assoluta di un genere di diritti, sussegue l'altra circa l'esistenza di quel dato diritto che viene vantato, l'una questione non può nè deve influire sull'altra, e, qualunque cosa sia stata detta sulla questione di competenza, dessa non può mai influire sulla decisione del merito; competenza del giudice e ammissibilità dell'azione sono due cose completamente distinte.

Ma non è così che la Cassazione di Roma e il suo procuratore generale De Falco (1) hanno inteso l'articolo di cui parliamo. La decisione sulla competenza, dicono, non può pregiudicare le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell'azione *quando prosegue il giudizio*; dunque vi sono dei casi in cui il giudizio *non prosegue* e la questione di merito può essere pregiudicata, e tali sono quelli in cui la Cassazione trova *non pertinente il diritto e non proponibile l'azione*: « l'art. 4° .... fu emendato ..... con « l'aggiungervi l'inciso - *quando prosegue il giudizio* - per « far comprendere, che quando si esclude la proponibilità del « giudizio, perchè l'oggetto della domanda è materia di *at-* « *tribuzione amministrativa* non di *giurisdizione*, l'*im-* « *proponibilità dell'azione*, è decisa nell'atto stesso che si « risolve il conflitto ». (2) — Facili però sono le risposte: sicuramente che talora il giudizio non prosegue, ma questo è allorquando viene ritenuta la incompetenza: e, del resto, si ammetta pure che accennando la legge all'ipotesi che il giudizio non prosegua, le sue parole potessero riferirsi anche al supposto caso in cui la Cassazione dovesse riconoscere senz'altro la

(1) Discorsi inaugurali dell'anno giuridico: ved. la citata monografia del Gargiulo, *loc. cit.*

(2) Così nella decis. 18 maggio 1878 (*Fôro ital.*, III, 642), e lo stesso ha ripetuto in molte altre posteriori decisioni.

inammissibilità dell'azione spiegata: ma donde la Cassazione trae simile potestà? — Eppoi essa medesima conviene che, quando afferma la competenza, non può decidere il merito, e che questo può solo allorchè ritiene l'incompetenza: ma se ha deciso ricorrere l'incompetenza, ha deciso cioè che non si tratta di un diritto, come poi può essere il caso di giudicare se esiste il supposto diritto che si vantava? La questione si è che, secondo abbiamo visto, incompetenza del giudice e inammissibilità dell'azione divengono spesso nella giurisprudenza della Cassazione di Roma una cosa sola, ed allora si spiega come la Cassazione stessa, e il suo Procuratore Generale, abbiano potuto concepire la dichiarazione d'incompetenza del giudice coesistente col giudizio sul merito. Ecco donde trae la Cassazione la potestà di decidere il merito: essa lo trae dalla potestà di decidere sulla competenza. Ma, che questo sia contrario ai principî di ragione come alle disposizioni della legge, lo abbiamo dimostrato: soltanto, agli argomenti addotti, ne aggiungiamo un altro che sorge con maggiore evidenza qui dove si manifesta in modo sì irrecusabile la confusione fra i due concetti di incompetenza del giudice e d'inammissibilità dell'azione, e dove sono più gravi le conseguenze di tale confusione stante l'essere il caso di conflitto, l'elevazione del quale, la maggior parte delle volte, porta la controversia davanti la Cassazione di Roma quando la causa è appena iniziata (1); l'argomento, vogliamo dire, tratto da ciò che, seguendo le idee che combattiamo, portatasi la causa davanti alla Cassazione stessa perchè sia decisa la questione

(1) Nella discussione di questa legge il ministro di grazia e giustizia adduceva appunto anche questo motivo per sostenere che, con la legge stessa, dovevasi impedire che « si decida o pregiudichi il merito facendo scaturire « dalla risoluzione del merito quella della questione di competenza ». Ved. Gargiulo, monogr. cit., *loc. cit.*, pag. 197 in fine.

di competenza, essa, senza che i tribunali di merito abbiano pronunziato sulla ammissibilità dell'azione e magari prima che la causa sia minimamente istruita, farebbe legittimamente quello che in fatto da lei si compie, cioè il dichiarare « non « pertinente il diritto e non proponibile l'azione ».

Che se poi qualche dubbio potesse mai aversi sulla interpetrazione dell'art. 4 in discorso si vedano tutti i lavori preparatori della legge di cui quell'articolo fa parte (1), e non sappiamo chi, di fronte ai medesimi, potrà ancora impugnare che la legge stessa, e in particolare l'art. 4, ebbero precisamente lo scopo contrario a quello cui li fa servire la giurisprudenza della Cassazione di Roma: volevasi, come disse la Relazione, e poi il guardasigilli Mancini (2), si cessasse una volta di sentir dire a chi era chiamato a decidere sulla competenza dell'autorità giudiziaria: « *tu hai torto nel me-* « *rito*: *dunque ti nego il giudice* », ossia, in altre parole: - questa non è materia da me, io *non posso giudicare* sulla tua domanda *perchè giudico* che hai torto, - e invece, questo che al Consiglio di Stato, giudice dei conflitti, accadeva di fare, la Cassazione di Roma fa e sostiene di dover fare.

(1) Possono trovarsi riportati o limpidamente riassunti nella citata monografia del Gargiulo.

(2) Ved. Gargiulo, monogr. cit., *loc. cit.*, pag. 197.

LA COMPETENZA A GIUDICARE DEI DANNI DERIVATI DA OPERE COMPIUTE NELLE ACQUE PUBBLICHE E LA LEGGE SUI LL. PP.

1. La competenza giudiziaria e i danni derivati da opere compiute nelle acque pubbliche.
2. La competenza anzidetta e la giurisprudenza.
3. » » e la legge sui lavori pubblici.
4. L'articolo 379 della detta legge.
5. L'articolo 124 in principio.
6. L'articolo 124 capoverso.
7. Gli articoli 121 e 167.

1. Un'opera, e in genere un fatto qualsiasi compiuto in un corso d'acqua, nuoce talora all'interesse pubblico, e a quello individuale per conseguenza di taluni cittadini; e in questa ipotesi essi avranno dalla legge dei mezzi per procurare che, provvedendosi al pubblico interesse, si venga a rimuovere quello che per loro più specialmente è causa di un danno, ma, non trattandosi di un *diritto* loro che venga ad essere leso, non avranno neppure un *diritto* a ottenerne la reintegrazione, nè per conseguenza avranno *azione* a tale oggetto. Accade anche però che un'opera compiuta nelle acque pubbliche (e parlando di un' — opera — intendiamo darle significato generico comprendente un fatto qualsiasi positivo

o negativo) leda in realtà i *diritti* di taluno, ed allora, circa il nascere dalla lesione stessa delle azioni a vantaggio di costui, dovrà dirsi tutto il contrario. Dalla causa stessa per altro non nascono tutti quei diritti che ne nascerebbero ove non si trattasse di un' opera del genere accennato, oppure, nel supposto che l' opera sia stata compiuta dalla Pubblica Amministrazione o in qualunque modo sia intervenuto un atto amministrativo che potesse interessare far revocare, se si trattasse di un atto avente una diversa natura giuridica. Ed in realtà abbiamo veduto nella precedente monografia come, se di fronte alla lesione che al diritto di taluno rechi un'opera compiuta nelle acque pubbliche, il danneggiato ha un' azione di risarcimento dei danni, non ha però quella a far modificare o distruggere l'opera stessa, o, se un atto amministrativo è intervenuto, a rivocare o modificare l'atto medesimo. — Dal fatto poi che anche in simile ipotesi sia concessa un'azione di danni deriva secondo noi (conforme abbiamo visto del pari) che il giudice competente a decidere sull' esistenza del diritto con quell' azione tutelato, lo sia pure a conoscere di quella dannosità dell'opera che è estremo principalissimo da cui dipende la concessione dell'accennato diritto; e questo sia, oppur no, che l' autorità amministrativa abbia già conosciuto della dannosità dell'opera stessa all' effetto di provvedere, con la modificazione o distruzione di quell' opera, a che il buon regime delle acque venga nell' interesse pubblico, ed anche, magari, particolare di colui che lamenta essere stato leso nei suoi diritti, ad essere ripristinato.

2. Così non la pensava però il Consiglio di Stato quando a lui spettava la risoluzione dei conflitti fra l'autorità amministrativa e la giudiziaria; esso riteneva (1) cioè che per la legge

(1) Chi voglia vedere le tante applicazioni di questo principio fatte dal Consiglio di Stato, può consultare la statistica dei conflitti di attribuzioni de-

sui lavori pubblici l'autorità giudiziaria non potesse giudicare sulla domanda di danni se non in quanto l'autorità amministrativa abbia prima « riconosciuta la dannosità dell'opera ».

Tutte le Corti invece, (1) la Cassazione di Roma compresa, avevano accolti i principî che sosteniamo. — Nello stesso Consiglio di Stato non mancavano i propugnatori dei principî medesimi, e diventando essi sempre più numerosi a mano a mano che la distinzione fra i due campi giudiziario e amministrativo si faceva più netta, finirono col prevalere e si ebbero allora varî responsi del detto Consiglio nei quali si accettava l'opinione

cisi dal Consiglio stesso cominciando dalla promulgazione della legge sul contenzioso amministrativo del 20 marzo 1865, e giungendo fino alla legge del 31 marzo 1877 che deferì alla Cassazione di Roma risolvere i conflitti stessi, statistica annessa all'opera del Mantellini *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877.* Ci limiteremo, fra le decis. del Consiglio di Stato, a citare le seguenti: 2 giugno 1869 (*Rivista Amministr.*, 1870, 31); 15 gennaio 1870 (*ibid.*, 1870, 895); 16 febbraio 1870 (*ibid.*, 1871, 13); 22 luglio 1871 (*ibid.*, 1871, 880); 21 marzo 1871 (*ibid.*, 1872, 577); 15 gennaio 1875 (*ibid.*, 1876, 427); 20 novembre 1875 (*ibid.*, 1876, 703). Ved. poi le altre decisioni citate dal Mantellini stesso *op. cit.*, alle pagg. 160 e 161, nonchè quelle dall'autore medesimo commentate nella monografia pubblicata nella *Legge*, 1879, par. III, pag. 3. — I principali argomenti con i quali il Consiglio di Stato sosteneva il principio accennato (argomenti essenzialmente uguali a quelli che adducono le successive decisioni dei tribunali che accettano il principio stesso) sono riassunti dal Pacifici-Mazzoni in una monografia pubblicata nel *Fòro italiano*, 1879, par. I, pag, 539.

(1) Ved. Cassaz. Torino, 12 febbraio 1869 (*Annali*, III, I, 1, 78); Cassaz. Firenze, 20 dicembre 1869, (*ibid.*, III, I, 1, 327; Appello Parma, 6 dicemb. 1870 (*ibid.*, IV, II, 581); Appello Napoli, 5 settembre 1871 (*ibid.*, VI, II, 120); App. Torino, 22 aprile 1872 (*Legge* XII, 2, 185); Cassaz. Firenze, 15 maggio 1873 (*Annali*, VII, I, 297); Cassaz. Torino, 29 luglio 1873 (*ibid.*, VIII, I, 1, 59); Cassaz. Napoli, 2 maggio 1874; Cassaz. Palermo, 11 gennaio 1876 (*ibid.*, XII, I, 1, 444); Cassaz. Roma, 24 febb. 1877; Cassaz. Napoli, 12 aprile 1877, (*ibid.*, XI, I, 1, 283); Cassaz. Roma, 16 luglio 1877 (*Rivista Amm.*, 1877, 625); idem, 9 agosto 1877 (*Legge*, 1877, I, 631); idem, 19 dicemb. 1877 (*Annali*, XII, II, 40); idem, 7 giugno 1878 (*ibid.*, II, 209); idem, 4 luglio 1878 (*Rivista Ammin.*, 1873, 853); idem, 29 luglio 1878 (*Annali*, XII, II, 214); idem, 9 gennaio 1879 (*ibid.*, XII, II, 68); Ap-

delle Cassazioni. (1) — La Cassazione di Roma, come abbiamo accennato, aveva aderito alla giurisprudenza delle altre Corti divenuta comune al Consiglio di Stato; ma ben presto cambiò concetto, e, crediamo per la prima volta, con la sua decisione del 19 maggio 1881 (2) si uniformò pienamente alla primitiva giurisprudenza del Consiglio di Stato.

pello Lucca, 2 giugno 1879 (*ibid.*, XIII, III, 269); Cassaz. Roma, 15 gennaio 1880 (*ibid.*, XIV, II, 86); idem, 19 aprile 1880 (*ibid.*, XIV, II, 115); idem, 4 maggio 1880 (*ibid.*, XIV, II, 94). — In senso contrario alla competenza giudiziaria non conosciamo, di decisioni delle Corti, e per il periodo di cui parliamo, che quella della Corte d'Aquila del 18 gennaio 1876, citata dal Pacifici-Mazzoni nella cit. monog. edita nel *Fôro ital.*, 1879, par. I, pag. 539. — Fra gli autori che ammettono, nei limiti da noi accennati, la competenza giudiziaria può vedersi la già citata opera del Mantellini sui *Conflitti*, e specialmente alla pag. 158 e segg.; il De-Gioannis, monog. pubblicata nell'*Archivio Giurid.*, vol. II, § 924 e segg.; e il Giorgi, *Obbligazioni*, vol. V, n. 175-180.

(1) Ved. decisione in affare Welby, 25 aprile 1877 (*Fôr. ital.*, 1877, III, 83) ed ivi nota del Mantellini; e in affare Pignata del 28 giugno 1877.

(2) Ved. *Annali*, XV, II, 142. Nello stesso senso possono, fra le decisioni della Corte medesima, vedersi le seguenti: 26 febbraio 1883 (*Corte Suprema* 1883, 532); 7 maggio 1884 (*ibid.*, 1884, 926); 4 decembre 1885 (*Annali* XX, II, 25); 19 luglio 1886 (*ibid.*, XX, II, 161). — Anche dopo avere inaugurata questa nuova giurisprudenza non mancano però delle decisioni con le quali la Corte stessa ritorna alla giurisprudenza primitiva: vedi decisione 4 marzo 1882 (*Annali*, XVI, II, 35); 14 gennaio 1886 (*ibid.*, XX, II, 54); 29 maggio 1886 (*ibid.*, XX, II, 136); 22 giugno 1886 (*ibid.*, XX, 732); 9 settembre 1886 (*Corte Suprema*, 1886, 707). Della Corte stessa vedasi anche la decisione del 15 giugno 1881 (*Corte Suprema*, 1881, 623) la quale discorda dalle idee nostre, ma nel senso di ammettere la competenza giudiziaria in un caso in cui, secondo le idee stesse, non sarebbe stata ammissibile: trattavasi di un rivierasco che voleva giudizialmente costringere un altro rivierasco a distruggere un'opera con la quale costui aveva sbarrato il corso d'acqua. Dice la Cassazione che la lite era fra due privati, e che l'Amministrazione non era in causa; ma ci sembra possa rispondersi che, se non era in causa l'Amministrazione, era però o poteva essere in questione il buon regime delle acque cui potevano portare alterazione quei provvedimenti che il tribunale doveva dare, stando alla domanda, per la distruzione dell'opera; eppoi l'articolo 124 ci sembra così chiaro nel volere che, alla modificazione o distruzione dell'opera, provveda unicamente l'au-

3. Nella precedente monografia abbiamo esposti tutti quelli argomenti generici che, applicati alla speciale questione che ci occupa, escludono, secondo il nostro modo di vedere, che possa parlarsi di incompetenza del magistrato a conoscere degli estremi da cui dipende la esistenza di un diritto, ed in particolare di quel diritto a risarcimento che la stessa Cassazione di Roma riconosce derivare dal fatto che, per effetto di un' opera compiuta nelle acque pubbliche, abbia subita lesione un qualche diritto del cittadino. Riportandoci a quanto ivi abbiamo detto è ora nostro solo proposito di vedere se la legge sui lavori pubblici contrasti con i principî da noi sostenuti, oppure vi armonizzi nel modo che si è esposto ricorrere quanto alle altre leggi di cui abbiamo parlato nella monografia citata.

La tesi che andiamo combattendo era, come si è veduto, accolta da taluni anche quando, essendo molto più chiare di quel che oggi non siano le idee intorno alla divisione fra il campo amministrativo e quello giudiziario, essi non potevano contestare che la tesi medesima non si conformava punto a quei principî generali che riconoscevansi contenuti nella legge sul contenzioso amministrativo. Ma essi dicevano appunto che, in materia di acque, si era derogato a quei

torità amministrativa, che non sappiamo come possano aversi dei dubbi sull'assolutezza di tal principio. Adduce poi la decisione stessa che, in ogni modo, se il lavoro ordinato dalla autorità giudiziaria avesse alterato il buon regime delle acque non sarebbero mancati all'autorità amministrativa i modi di opporsi alla esecuzione dei lavori: ma se l'autorità stessa si fosse trovata di fronte ad una sentenza passata in giudicato? È manifesto poi che se in un caso, per quanto speciale, si riconosce nell'autorità amministrativa soltanto questa specie di diritto di *veto*, viene a distruggersi l'articolo 124. — In senso conforme alla tesi nostra possono anche vedersi le decisioni seguenti: Cassazione Palermo, 28 ottobre 1882 (*Annali*, XVII, I, 1, 339); Appello Venezia, 30 ottobre 1883 (*ibid.*, XVII, III, 574); Appello Palermo, 18 aprile 1885, (*ibid.*, XIX, III, 213).

principî: tutto, secondo gli avversari, armonizza a far credere avere il legislatore, nella legge sui lavori pubblici, voluto che, quanto attiene alle acque pubbliche, così nei riguardi dell'interesse generale come in quelli degli interessi e dei diritti dei singoli, sia di spettanza esclusiva dell'autorità amministrativa, salvo al magistrato, ove l'autorità amministrativa abbia riconosciuto la dannosità dell'opera, emanare la condanna al risarcimento dei danni. Ciò perchè, dicono essi primieramente, « devolvendo esclusivamente all'autorità amministrativa la tutela degli interessi pubblici e privati, può « questa, col suo autorevole intervento e con pronti ed efficaci provvedimenti, impedire le perniciose conseguenze di « un'opera in danno di possessori di terre e di edifizi più « o meno prossimi o lontani (1) ». Facile però è la risposta: nessuno nega che l'autorità amministrativa possa *impedire* il danno, il che implica modificazione o distruzione dell'opera, anzi ciò è esclusiva attribuzione dell'autorità stessa, e quella giudiziaria non potrebbe disporre in proposito neppure nei semplici riguardi del diritto stato leso. Ma questo non toglie che il danneggiato possa non preoccuparsi di far remuovere la sorgente del danno e contentarsi del risarcimento del danno medesimo: anzi molte volte a questo deve limitarsi in quanto egli stesso riconosca che quell'opera a lui dannosa è giovevole in modo tale al buon regime delle acque che l'autorità amministrativa, la quale magari può, appunto per questo, averla essa medesima ordinata o compiuta, non la farebbe certamente modificare o distruggere. Che se quest'ultima ipotesi non si verifichi è evidente che, al cittadino nel quale si riconosca azione ad essere risarcito indipendentemente dall'affermazione della dannosità dell'opera che emetta l'au-

(1) Così il Pacifici Mazzoni nella monogr. citata.

torità amministrativa, non sarà tolto per questo di provocare, o all'autorità stessa di emettere d'ufficio, quando vi sia impegnato l'interesse pubblico, quei provvedimenti a rettificazione dell'opera che siano necessari per eliminare il danno. Conseguentemente cade anche l'altro argomento che si adduce dagli avversari, quello, diciamo, che è nello stesso vantaggio del privato di ricorrere all'autorità amministrativa la quale può accordargli qualche cosa più che un'indennità: lo agire in via giudiziaria, ripetiamo, non esclude l'agire in via amministrativa; non sempre, anche volendo, potrebbe pretendersi la modificazione o distruzione dell'opera, e, ove pure lo si possa e si tratti di un danno permanente, può il cittadino preferire di sottostare, dietro il compenso rappresentato dall'ammontare della indennità cui l'autore dell'opera venga condannato, a questa indiretta espropriazione.

4. Dalla considerazione generale di cui ora abbiamo detto passando gli avversari alle singole disposizioni della legge sui lavori pubblici, dicono che l'articolo 379 della detta legge conferma le idee loro. Quest' articolo così si esprime: « In « ogni caso in cui per gli effetti della presente legge siano « deferite a date autorità deliberazioni o decisioni, sarà a chi « se ne crede gravato aperta la via del ricorso all' autorità « superiore in via gerarchica, a meno che altrimenti non sia « statuito nei singoli casi ». Ecco, dicono essi, che il legislatore dichiara doversi sempre ricorrere all'autorità amministrativa, e che il ricorso all' autorità giudiziaria è ammesso soltanto quando è *altrimenti statuito nei singoli casi.* È evidente però che questo articolo presuppone l'ipotesi che « per gli « effetti della presente legge siano deferite a date autorità « deliberazioni o decisioni » ma non è tale articolo che le deferisce loro; per sostenere che alle autorità stesse sono deferite anche le controversie delle quali parliamo dovreb-

bero esserci citate le disposizioni della legge in parola nelle quali si faccia una tal cosa e cui per conseguenza l'articolo stesso si riferirebbe: l'articolo 379 non fa di per se stesso che determinare i rimedi contro i provvedimenti che l'autorità amministrativa abbia emanati in ordine alla legge medesima; a che possano poi riferirsi i provvedimenti stessi, quale, in altre parole, sia il campo in cui si eserciti l'attribuzione amministrativa in ordine alle materie cui provvede la legge sui lavori pubblici, è questione per la quale non ci sembra possa trarsi alcun lume dall'articolo stesso. (1)

5. Ma la disputa ferve principalmente intorno all'articolo 124, giacchè è in quest'articolo che direttamente si determina quale, in tema di acque pubbliche, sia l'attribuzione amministrativa e quale la competenza giudiziaria. La prima parte (che è la più essenziale) dell'articolo stesso dice: « Spetta « esclusivamente alla autorità amministrativa lo statuire e « provvedere, anche in caso di contestazione, sulle opere che « nuociono al buon regime delle acque pubbliche, alla difesa e « conservazione delle sponde ecc. ».

Dopo quanto, e in questa e nella precedente monografia, abbiamo detto, è appena necessario il rilevare in qual modo noi intendiamo la disposizione ora riferita. Per le regole giurisdizionali ordinarie contenute nella legge sul contenzioso amministrativo nulla impedirebbe, meno il caso che per fare tal cosa si dovesse revocare o modificare negli effetti suoi un atto amministrativo, potesse il giudice, non solo giudicare dei danni, ma provvedere anche alla remozione del danno stesso. Riconoscendosi che tutto quanto concerne le opere che possano modificare il regime delle acque pubbliche tocca direttamente

(1) Ved. su ciò Cassazione Firenze, 18 marzo 1872 (*Annali*, VI, I, I, 60); Appello Napoli, 5 settembre 1871 (*ibid.*, VI, III, 120).

l'interesse generale, mentre si presupponeva l'esistenza di un'azione di risarcimento per i danni che derivino da simili opere (e, col fatto dell'esistenza stessa, è, come vedremo, coordinata la seconda parte del citato articolo), si voleva invece negare la concessione di un genere di azioni che avessero il detto oggetto, ed a questo scopo è appunto preordinata le legge quando, con la disposizione in parola, stabilisce che « anche « in caso di contestazione », sia questa di natura amministrativa o giudiziaria, si lamenti cioè dal cittadino che il buon regime delle acque sia alterato in danno del suo *interesse* oppure dal suo *diritto*, l'autorità amministrativa soltanto, non altri, nè il giudice per conseguenza, può statuire e provvedere circa quanto riguarda la modificazione o distruzione delle opere anzidette.

Obiettano gli avversari che, inteso l'articolo 124 nel modo che noi lo intendiamo, si mette in pericolo il buon regime delle acque, giacchè si permette al giudice di statuire «come e perchè « esistono i danni, ed in qual modo si possa ad essi ovviare, or- « dinando il compenso di quelli già arrecati, prescrivendo i « mezzi per prevenirne degli altri ». (1) Se, quando si parla di indagini per parte del giudice sul come e perchè esistono i danni, e sul modo di ovviarci, s'intende dire che il magistrato compia le indagini stesse in relazione al buon regime delle acque non considerato soltanto nell' alterazione sua rispetto all'attore e alla conseguente lesione dei diritti di costui, sarà, finchè si limita a delle indagini, una innocua invasione nel campo amministrativo, ma pur un'invasione si avrà; se poi allorchè si accenna al « prescrivere » che faccia il giudice « i mezzi per prevenire » i danni verificatisi, si intende parlare di lavori, destinati a paralizzare la dannosità dell' opera,

(1) Così il Pacifici-Mazzoni, monografia citata.

che si dovessero compiere nelle acque pubbliche, allora vera e propria invasione per parte del giudice in un campo non suo si avrebbe, egli pronunzierebbe incompetentemente. Ma, se anche non lo rilevassimo noi, si sarebbe ormai il lettore accorto da se stesso che gli avversari ci attribuiscono quello che noi non abbiamo mai neppur pensato; anzi noi escludiamo che l'autorità giudiziaria possa conoscere, e tanto più statuire, su quanto ora si è detto.

« Ma dove sta scritto (seguitano a dire gli avversari), « donde si rileva che l'articolo 124 abbia limitato la facoltà « all'autorità amministrativa di conoscere soltanto se l'opera « sia nociva al buon regime delle acque, e ad altro interesse « generale? Che non siasi punto nel primo comma preoccu- « pato dell'interesse particolare? Che dicendo — *in caso di « contestazione* — abbia accennato solamente a quelle che « riguardano il pubblico interesse? ». (1) — Dopo quanto abbiamo detto fin qui il lettore sa ormai come noi non contestiamo che lo statuire e provvedere (alla modificazione o distruzione dell'opera, sottintendiamo) intorno alle opere compiute nelle acque pubbliche spetta sempre, pur a nostro credere, all'autorità amministrativa, e questo sia dessa un'opera dannosa all'interesse generale oppure ai diritti di taluno; ma dove è detto nell'articolo in parola che provvedere, o meglio giudicare, su quel diritto alla refezione dei danni (e gli avversari stessi convengono si tratti appunto di un *diritto*) non sia di competenza di quella autorità giudiziaria cui non si negherà che spetta decidere sui diritti? Senza dir poi che, non solo per i principî generali esposti in questa e nella precedente monografia, non solo per gli argomenti che vedremo doversi trarre dalla seconda parte dell'articolo 124 medesimo nonchè da altri

(1) Pacifici-Mazzoni, monografia citata.

articoli della legge in parola, ma dalla stessa parte del detto articolo che ora stiamo esaminando si rileva su che l'autorità amministrativa può e deve statuire e provvedere; essa deve statuire e provvedere « *sull'opera* »: ora chi, volendo comprendere sotto la stessa frase anche il caso in cui, senza chiedere alcun provvedimento *sull'opera*, si domanda soltanto l'indennità, si sarebbe espresso nel modo che il legislatore ha fatto?

Per ultimo non vogliamo omettere che non sapremmo spiegarci perchè, ove nell'articolo di cui trattiamo, si fosse voluto, con una disposizione certamente di diritto singolarissimo, stabilire che, anche all'effetto di una successiva condanna nei danni l'autorità amministrativa conoscesse se l'opera è dannosa di fronte all'interesse generale e di fronte ai diritti di taluno, non lo avesse espresso un po' chiaramente.

6. Veniamo ora alla seconda parte dell'articolo 124. Ivi è detto: « Quando l'opera, riconosciuta dannosa dalla autorità « amministrativa, sia di tal natura, che oltre ai provvedimenti « di sua competenza per la modificazione o distruzione di essa, « lasci ragione a risarcimento di danni, la relativa azione sarà « promossa dinanzi ai giudici ordinari, i quali non potranno « discutere le questioni già risolute in via amministrativa ». Su tale disposizione e principalmente su quelle parole « riconosciuta dannosa dalla autorità amministrativa » fondano gli avversari il loro principale argomento: ecco, dicono essi, che l'autorità amministrativa deve prima riconoscere l'opera dannosa, e quindi il giudice, se l'autorità amministrativa l'avrà dichiarata tale, potrà condannare ai danni l'autore dell'opera. Facile però è lo scorgere, quando si legga l'articolo intiero e senza preconcetti, che dalle parole del legislatore non si può trarre simile illazione. La legge sui lavori pubblici è una legge essenzialmente amministrativa, tutto ciò che attiene ai *diritti*

non vi ha parte se non in quanto un diritto venga a frapporsi in mezzo a quel che concerne l'interesse generale e particolare per conseguenza dei singoli cui toccherebbe più da vicino l'alterazione del buon regime di quelle date acque; anche nell'articolo 124 lo scopo principale di tale disposizione, quello di cui appunto si occupa la prima parte dell'articolo (di fronte alla qual parte la seconda non è che un accessorio), è il determinare che soltanto all'autorità amministrativa spetta emanare provvedimenti la esecuzione dei quali potrebbe alterare il buon regime delle acque pubbliche; siccome poi talvolta l'alterazione del buon regime medesimo lede, non soltanto l'interesse generale e quello particolare dei singoli, ma dei veri e propri diritti, così, per render più chiaro qual'è il campo della attribuzione amministrativa intorno alla quale ha disposto, e per delimitar meglio il campo stesso in relazione a quello proprio alla competenza giudiziaria, passa appunto, col dire della *causa* che sia sequela dell'*affare*, a mettere in rapporto alla attribuzione amministrativa circa l'opera la competenza del giudice rispetto al risarcimento dei danni recati dall'opera stessa ai diritti di taluno: e, indipendentemente anche dal carattere della legge, sarebbe sempre naturale che si parta dal presupposto della *causa* che, se il cittadino non si limita a chiedere i danni senza preoccuparsi dell'opera, sussegua all'*affare*; nella massima parte dei casi in fatti la questione dei danni vien dopo, ma, primo atto del danneggiato, è di ricorrere all'autorità amministrativa che sola ha modo di impedire la prosecuzione del danno. Ora di fronte a tutto questo non è naturalissimo che la legge, venendo nella seconda parte dell'articolo a parlare del risarcimento dei danni, il che presuppone lesione di diritti, e referendosi alla attribuzione amministrativa prima spiegata, parli dell'opera come di «opera riconosciuta dannosa dall'autorità amministra-

« tiva? » Le parole della legge contengono una presupposizione di fatto, non una ingiunzione costituita dalla condizionalità dell'esperimento dell'azione di danni, conseguenza cioè della volontà del legislatore che il giudice debba accettare e portare alla sue conseguenze giuridiche il giudizio dato prima dall'autorità amministrativa sul fatto che l'opera ha recato lesione al diritto del cittadino, o, in generale, della volontà che alla *causa* preceda *l'affare:* la legge dispone per il caso che questo appunto avvenga; se questo non avviene provvede la legge sul contenzioso, precisamente come provvederebbe nel caso inverso di quello supposto, nel caso cioè che, contemporaneamente o dopo aver fatta la causa per il risarcimento del danno, si ricorra all'autorità amministrativa per la rimozione della causa del danno stesso. — E, che sia così, basta a convincersene la osservazione seguente: concordiamo (come si è visto) che quando l'articolo 124 parla di buon regime delle acque alterato da un'opera compiuta nelle acque stesse intenda parlare di buon regime non solo di fronte all'interesse generale ma anche ai diritti di taluno, e, se quest'ultima ipotesi ricorra, (per quanto anche allora, trattandosi di corsi d'acqua, il danno al singolo porti danno, almeno possibile, alla generalità dei rivieraschi e sia principalmente sotto quest'ultimo aspetto che l'autorità amministrativa riguarderà la dannosità dell'opera) potrà dirsi che l'autorità amministrativa, alla quale prima siasi ricorso, abbia conosciuto della dannosità rispetto ai diritti stessi; ma si può forse pretendere che, quando l'autorità stessa ha fatto tanto di stabilire la dannosità dell'opera per il buon regime delle acque rispetto all'interesse generale, essa si occupi di stabilire se l'opera medesima lede proprio il diritto di taluno? E, se così è, che sarà mai questo fondamento sul quale il giudice deve basare una condanna? Nè diranno certo gli av-

versari che intendono parlare di un previo riconoscimento della dannosità dell' opera di fronte all' interesse generale, essendo più che ovvio non potersi parlare di una condanna ai danni basata sopra una dichiarazione di dannosità rispetto all' interesse generale, oppure di un rigetto di tale domanda determinato dal responso amministrativo che escluda questa dannosità, ma non sempre anche quella per il diritto di taluno, giacchè naturalmente può aversi, e si ha spessissimo, che ciò che è utile al pubblico è dannoso a determinati cittadini. — Ma vi è di più: riteniamo pure che l' autorità amministrativa abbia espressamente dichiarato che l' opera nuoce al diritto di taluno; a quale oggetto immediato però avrà fatto tal cosa? lo dice la parte seconda dell' art. 124: per emettere « i provvedimenti di sua competenza per la modifi- « cazione o distruzione dell' opera »: o se si dasse il caso di un' opera giovevolissima al buon regime delle acque messo in rapporto al pubblico interesse, di opera che, appunto nell' interesse pubblico, fosse stata dalla Amministrazione stessa compiuta o almeno da lei ordinata o autorizzata, dove è scritto che il cittadino potesse ottenere dall' autorità amministrativa una dichiarazione della dannosità dell' opera rispetto alle cose sue, emessa all' unico oggetto di dargli modo di far valere in giudizio il suo diritto?

Nonchè potersi trarre dalla seconda parte dell' art. 124 degli argomenti contro le idee nostre, ci sembra che, oltre quelli già trattine nel ribattere gli obietti sopraccennati, se ne possa rilevare uno efficacissimo a nostro pro, e precisamente questo: la legge parla di riconoscimento per parte dell' autorità amministrativa della dannosità dell' opera, ma accenna anche quali sono i « provvedimenti di sua competenza », di competenza cioè della autorità amministrativa, e spiega che si risolvono nei « provvedimenti per la modificazione o di-

struzione » dell' opera: non è evidente che a questo si ristringe l' attribuzione amministrativa e che quel riconoscimento della dannosità di cui parla la legge è quello che è premessa necessaria ai *provvedimenti* anzidetti?

Un altro obietto ci fanno gli avversari basandosi sulle parole dell' art. 124: questo si chiude dicendo che « i giudici « non potranno discutere le questioni già risolute in via am- « ministrativa ». Ma quali saranno simili questioni? Probabilmente il legislatore non ha inteso con le parole stesse che ribadire meglio quale sia il campo proprio all' attribuzione amministrativa spiegando che il magistrato deve, nel giudicare dei danni, tener per base lo stato di fatto circa l' opera e i danni che ne conseguano quale resulta dai provvedimenti dati dall' autorità amministrativa per la modificazione o distruzione dell'opera. — Concediamo pure del resto che le questioni cui accenna l'articolo siano, oltre quelle del modificare o no, distruggere o no l' opera, anche le altre che, nell' atto amministrativo col quale si è provveduto, costituirebbero la parte motiva; e, fra le medesime, quella circa la dannosità dell' opera. Non bisogna però far nascere un equivoco parlando in generale di riconosciuta dannosità dell'opera: si intende forse alludere alla ritenuta dannosità di fronte al diritto di colui che poi istituisce il giudizio di danni? Ma il supporre che il giudice debba, nel giudicare circa un diritto, sottostare al giudizio che, intorno a un estremo di fronte al quale è determinata l'esistenza del diritto medesimo, abbia emesso l' autorità amministrativa, sarebbe andar contro a tutti i principî che regolano le materie giurisdizionali; (1) implicherebbe che il giudice dovesse far simil cosa in un caso come questo in cui molte volte egli non potrebbe trovare nell'atto amministrativo che

(1) Vedi nella precedente monografia specialmente il paragrafo 7.

affermazioni relative alla dannosità dell' opera in rapporto all' interesse pubblico; e finalmente metterebbe quest' ultima parte dell' articolo in contradizione col resto dell' articolo stesso di fronte al quale (come si è visto) può aversi un giudizio di danni non preceduto dalla cognizione amministrativa. — In ogni modo è manifesto che, anche ove si volesse ritenere che, conosciutosi in qualche modo dalla autorità amministrativa dell' esistenza del danno rispetto ai diritti di taluno, il giudice dovesse far sue le conclusioni alle quali l' autorità stessa fosse giunta, non ne verrebbe per questo che, allorquando tale autorità non ha, in quanto non adita nè occupatasene d' ufficio, conosciuto affatto della dannosità della opera, oppure non ha conosciuto della dannosità rispetto al diritto di taluno, non potesse di ciò conoscere liberamente il giudice. — Del resto gli stessi avversari parlano sempre del riconoscimento della dannosità in genere dell' opera, riferendosi evidentemente alla dannosità dell' opera in sè, di fronte cioè al buon regime delle acque quale interessa alla generalità dei cittadini; ed è appunto per ciò che trovano giustificata la disposizione dell' art. 124 di cui ora trattiamo: se il giudice, dicono essi, potesse discutere nuovamente la questione sulla dannosità dell' opera già risoluta dall' autorità amministrativa si potrebbe avere conflitto fra le due autorità, potrebbe, vedersi « l' autorità giudiziaria la quale dichiara esser l' opera dan-« nosa, mal costruita, sottoposta ad essere modificata o di-« strutta, e l' autorità amministrativa che l' ha sanzionata « con un suo decreto, ritenendo perfettamente l' opposto ». (1)

(1) Pacifici-Mazzoni, monog. cit. — Anche p. e. la citata decisione della Cassaz. di Roma, 19 maggio 1881 (*Annali*, XV, II, 142) si sforza, per trovare poi in conflitto la decisione amministrativa con la sentenza, a dimostrare che il Consiglio Superiore dei LL. PP. aveva riconosciuta regolare l'opera dalla quale si ripeteva quel danno di cui intendevasi avere risarcimento.

È ovvio però il riflettere che il giudice, per decidere se l'opera è dannosa rispetto a taluno, se lede i suoi diritti, non conoscerà certamente (e ove lo facesse uscirebbe dal campo giudiziario) se l'opera è, nei rapporti dell'interesse pubblico, « dannosa, mal costruita, sottoposta ad esser modificata o distrutta », anzi, se potesse mai occuparsi di ciò, dovrebbe tal volta riconoscere che l'opera è regolarissima di fronte a quell'interesse generale che, lo ripetiamo ancora una volta, è cosa diversa dai diritti dei singoli: se altrimenti fosse bisognerebbe dire che, ogni qualvolta si compie un'opera utile al pubblico, non si potrebbe parlare di risarcimento di danni al cittadino.

7. Passiamo a dire qualche cosa degli argomenti che, contro le idee nostre, vorrebbero trarsi da altre disposizioni della medesima legge.

L'articolo 121, disponendo intorno a quelle opere di semplice difesa aderenti alle sponde le quali non rechino alterazione al buon regime dell'alveo, esclude, per le opere stesse, il bisogno della previa approvazione dei progetti relativi alla loro esecuzione. Prevede poi il caso che venga fatta opposizione al compiersi delle dette opere in quanto si sostenga che desse invece recano alterazione al buon regime medesimo, e, nell'ultimo capoverso, determina: « le questioni tecniche che insorgessero circa la esecuzione di queste opere saranno decise in via amministrativa dal prefetto, con riserva alle parti che si credessero lese dalla esecuzione di tali opere di ricorrere ai tribunali ordinari per esperire le loro ragioni ». All'art. 167 poi specifica in quali casi l'autorità amministrativa deve, decidendo quelle tali questioni tecniche, ritenere l'opera dannosa al buon regime delle acque e quindi non permetterne l'esecuzione, o « ordinarne la riduzione al pristino stato » secondo prescrive l'art. 378 per la ipotesi appunto che, in contravvenzione a

quelle disposizioni, l'opera sia stata compiuta: e quei casi si hanno, secondo il detto articolo, quando le opere « arrechino...
« alterazione al corso ordinario delle acque, ... impedimento
« alla sua libertà, ... danno alle proprietà altrui, pubbliche o
« private, alla navigazione ... e in generale ai diritti dei ter-
« zi ». Ecco, dicono gli avversari, che l'Amministrazione « non
« è chiamata soltanto a tutelare l'interesse pubblico, ma an-
« che l'interesse e i diritti dei privati » (1). Ma che forse, menochè per quella tutela la quale consistesse nell'obbligare alla refezione dei danni, o almeno nel riconoscimento dei danni stessi all'oggetto di tale refezione, neghiamo che la autorità amministrativa non debba preoccuparsi anche dei diritti dei privati? Che fa mai l'autorità stessa se non appunto tutelare i diritti dei cittadini, per quanto, nella massima parte dei casi, congiuntamente all'interesse pubblico, quando, facendo ciò che riconosciamo di sua competenza, provvede, in ordine all'art. 124 come a quello 378 od altro qualsiasi, alla modificazione o distruzione dell'opera compiuta nelle acque pubbliche? In questo caso poi degli art. 121 e 167, in cui si tratta di permettere il compiersi di un'opera, e di fronte al fatto che l'autorità cui spetta permetterla o no è quella stessa che sola potrebbe poi ordinare la modificazione o distruzione dell'opera, (2) è naturale che, se sempre l'autorità stessa

(1) Pacifici-Mazzoni, monogr. cit.

(2) Almeno così, anche per le opere di cui nell'art. 121, riteniamo noi, e ciò ha pure ritenuto la Cassazione di Roma con le sue decisioni: 7 gennaio 1881 (*Corte Suprema*, 1881, 82); 5 maggio 1881 (*Annali*, XV, II, 138); 16 dicembre 1881 (*Corte Suprema*, 1881, 1064). Secondo altre decisioni della Corte stessa e di altre Corti dovrebbe dirsi, sempre in relazione alle opere di cui nel citato articolo, che l'autorità amministrativa può intervenire quando creda minacciato il buon regime delle acque, ma che però l'autorità giudiziaria é competente a impedire la esecuzione dell'opera e provvedere a che venga compiuta in modo da essere salvi i diritti della parte attrice ordinando la

deve, nel provvedere al pubblico interesse, cercare quanto si può che siano rispettati i diritti dei singoli, nel caso stesso sia addirittura fatto precetto all'autorità medesima di subordinare la sua approvazione a ciò che non soffrano

modificazione o distruzione di quella parte di opera, o dell'opera intiera, che fosse stata compiuta: vedi le decisioni seguenti: Cassazione Torino, 15 decembre 1871 (*Giurisprudenza Italiana*, vol. 23, I, 812); Cassazione Roma, 16 luglio 1877 (*Rivista Amministrativa*, 1877, 625); Appello Bologna, 29 ottobre 1881 (*Annali*, XV, III, 347); Cassazione Roma, 16 dicembre 1882 (*Corte Suprema*, 1882, 942) — L'indole di questo studio in cui si esamina di fronte alla legge sui lavori pubblici la teoria fondamentale in tema di danni prodotti da opere compiute nelle acque pubbliche, non ci permette di studiare più da vicino tale questione: è infatti evidente che, se le opere di cui nell'art. 121 si riguardano quasi come non fatte in un corso di acque pubbliche, il principio intorno ai limiti delle attribuzioni amministrative e della competenza giudiziaria in relazione a simil materia non è tocco minimamente anche accettando le idee ora riferite, soltanto non ricorrono più gli estremi per la sua applicazione; pure rileviamo: 1° che fra ciò che per l'art. 124 spetta esclusivamente all'autorità amministrativa vi è il provvedere « alle condizioni di re- « golarità dei ripari ed argini od altra opera qualunque fatta entro gli alvei o « contro le sponde »; ora fra simili opere rientrano quelle delle quali parla l'art. 121; 2° che non vale il dire che consimile facoltà appartiene, per l'art. 121, anche all'autorità giudiziaria in quanto si tratti di opere « che non alterino « in alcun modo il regime dell'alveo » e quindi non possano interessare la Pubblica Amministrazione; ed in vero ci sembra manifesto che, se si presuppone non essere le opere di semplice difesa aderenti alle sponde alteratrici del corso d'acqua e quindi non si richiede per le medesime la previa approvazione, non per questo si può escludere che un'opera, dal proprietario, o dal magistrato che determinava l'essere suo, qualificata come una semplice difesa aderente alle sponde, sia alteratrice del buon regime delle acque, nè si può escludere per conseguenza che, accordando all'autorità giudiziaria la facoltà di disporre intorno a simili opere, l'autorità amministrativa possa poi trovarsi dinanzi ad una sentenza passata in giudicato l'esecuzione della quale alteri il regime del corso d'acqua; lo stesso articolo di cui parliamo presume sì che le opere di cui ivi si tratta non portino il detto effetto, ma espressamente nota che la concessione contenuta nell'articolo medesimo è subordinata al fatto che simili opere « non alterino in alcun modo il regime dell'alveo », e passa poi a disporre per il caso che appunto questa innocuità loro venga contestata e magari non si verifichi.

detrimento i detti diritti; altrimenti dessa potrebbe trovarsi nel caso, di risolvere prima l'affare nel senso di ammettere l'esecuzione di un'opera, e poco dopo doverne ordinare la modificazione o distruzione. Ma altro è tutto ciò che ora si è detto, altro quella tutela di cui parlano gli avversari, tutela molto inefficace del resto giacchè, lo riconoscono essi stessi, non potrebbe andare oltre lo stabilire se danno è stato subìto: di simile tutela non vi è parola nei detti articoli da loro citati a sostegno della propria tesi: anzi ogni idea della medesima è esclusa dalle parole « questioni *tecniche* » usate dall'art. 121, parole che, se male si attagliano alla questione circa la lesione o no dei diritti di taluno al puro effetto di stabilire se deve permettersi l'opera (art. 167), (1) peggio poi si adatterebbero ad esprimere una questione sull'esistenza del danno come preparazione ad una condanna al risarcimento: più ancora l'accennata idea è esclusa dal fatto che il citato art. 121, mentre espressamente riserva la facoltà di ricorrere ai tribunali per esperimentarvi le proprie ragioni, non dice parola dalla quale si possa neppur dubitare che questa facoltà sia concessa subordinatamente al fatto che l'autorità amministrativa abbia prima conosciuto della dannosità dell'opera, e che, avendone conosciuto (come appunto si suppone nell'ultimo capoverso dell'art. 121), l'autorità amministrativa abbia ritenute dannose le opere stesse; anzi ivi si parla di parti « che si credessero lese dall'esecuzione di tali opere » e quindi del caso che l'autorità medesima abbia trovate le opere stesse non dannose nel senso dell'art. 167, rispetto cioè all'interesse generale come ai di-

(1) Il chiamar *tecniche* anche tali questioni dimostra qual valore giudiziario si possa dare al riconoscimento che, nei detti casi, fa l'autorità amministrativa della dannosità delle opere rispetto ai diritti dei singoli, e conforta quello che appunto in proposito abbiamo detto.

ritti dei singoli: e si noti che l'art. stesso è quasi immediatamente susseguito da quell'art. 124 in cui, secondo gli avversari, il legislatore farebbe appunto quanto abbiamo accennato. Eppure se, quando trattasi di opere aderenti alle sponde, è presunto che non possano toccare il buon regime delle acque, considerato magari il buon regime stesso in relazione ai diritti dei rivieraschi, questo non toglie si abbia quello che gli avversari reputano, in relazione all'art. 124, inammissibile, cioè che, sollevatasi questione davanti all'autorità amministrativa circa l'essere o no l'opera alteratrice di quel buon regime, il provvedimento della autorità stessa sia venuto, quanto alla nocevolezza dell'opera per i diritti di taluno, a conclusioni contrarie a quelle alle quali è poi pervenuta la sentenza del tribunale.

DEGLI EFFETTI DELLA PERENZIONE RISPETTO ALLA LITE

I

La teoria degli effetti della perenzione rispetto alla lite.

A) Secondo l'autore.

I. Degli effetti della perenzione rispetto alla lite in generale.

1. » Idea prima della perenzione e dei suoi effetti rispetto alla lite.
2. » Ulteriore determinazione degli effetti predetti.

II. Degli effetti rispetto alla lite della perenzione verificantesi durante un giudizio in genere.

3–6. » Determinazione di tali effetti rispetto ai giudizi in corso.
7, 8. » Gli effetti della perenzione in rapporto agli effetti degli atti del giudizio.
9, 10. Gli effetti della perenzione rispetto ai giudizi che potessero susseguire quello perento.

III. Degli effetti della perenzione rispetto alla lite a seconda dello stadio durante il quale si verifica.

A) Giudizio di primo grado.
11. » *Giudizio.*
12. » *Giudizio incidentale.*
B) Stadio d' impugnabilità
13. » — di una sentenza *definitiva.*
14. » — di una sentenza *incidentale.*
C) Giudizi susseguenti quello di primo grado.
a) Giudizi d'*opposizione,* d'*appello* o di *rivocazione.*

II

Le teoriche intorno agli effetti della perenzione rispetto alla lite, e la legge.

I

La teoria degli effetti della perenzione rispetto alla lite.

A) Secondo l'autore.

I. **1.** La perenzione della lite non è, come ognun sa, che l'estinzione della lite stessa stante l'abbandono che le parti ne hanno fatto oltre un certo tempo e la tacita rinunzia alla lite che la legge, per presunzione *juris et de jure*, vede nel fatto dell'abbandono medesimo.

Come il legislatore, per evitare i danni della incertezza dei diritti derivante dalla troppo prolungata inerzia a esercitarli,

ha disposto che, dopo un dato periodo d'inerzia, i diritti stessi si *prescrivano*, così il legislatore medesimo, per impedire i danni provenienti dal fatto che una contestazione giudiziale sull'esistenza di un diritto sia, per la lentezza nel proseguirla, protratta per troppo lungo tempo, che cioè vi sia pendenza di una lite per un tempo soverchio, ha stabilito che, scorso un certo periodo di inerzia nella prosecuzione della lite, questa si *perima*, perda cioè il valore giuridico che le è proprio.

Questo per la perenzione ordinaria, comune cioè ad ogni giudizio che non sia quello di cassazione. — Vi è poi, almeno di fronte al nostro codice di procedura, una perenzione speciale ai giudizi contumaciali; in questi in fatti il non aver chiesto in un determinato tempo la dichiarazione di contumacia implica, sempre per il codice stesso, un presunto abbandono dell'istanza, e porta la perenzione dell'istanza stessa. (1)

Fra il caso della prescrizione e quello della perenzione vi è però la differenza (senza dire di altre che non hanno alcun interesse per questi nostri studi), che mentre, estintosi il diritto, la sorgente, direm così, è tagliata e tutto è finito, quando invece rimane questa sorgente — il diritto — e soltanto si estingue la lite con la quale miravasi a far riconoscere dal giudice l'esistenza del diritto medesimo, si può per regola, finchè questo dura, trarre da lui nuovo titolo a intentare un'altra lite e così via via.

Effetto della perenzione è dunque l'annullamento della lite.

2. Volendo da questa affermazione generale passare a indagini più speciali, e richiamando qui una volta per sempre quanto si è esposto nella monografia intorno all'*organismo della lite*, rileveremo che, dicendo colpita la lite, dicia-

(1) È appena necessario il rilevare che, occupandoci noi degli effetti della vera e propria perenzione, non rientra nel campo dei nostri studi quanto concerne la deserzione dell'appello o di altri gravami.

mo colpita la sotto-azione (1) o sotto-azioni (2) a far giudicare dell'esistenza di un diritto e l'istanza con cui desse si spiegano, anime queste della lite, e che, appunto perciò, debbono essere prese di mira da chi voglia colpire la lite e impedire che questa, stante l'abbandono che per un certo lasso di tempo ne facciano le parti, rimanga troppo a lungo pendente. Dal che si rileverà che, le sotto-azioni il complesso delle quali la perenzione colpisce colpendo la lite, le sopraccennate cioè e quelle in cui le medesime si scindono (ved. monogr. cit., § 6), sono quelle il cui esercizio che si continuasse o si intraprendesse implicherebbe lo svolgersi non interrotto della lite, quelle cioè la cui esistenza fa sì che la lite rimanga pendente; colpisce l'istanza con la quale si determina l'esperimento delle sotto-azioni accennate, non quella parte d'istanza che venga ad aggiungersi all'istanza ormai svoltasi tutta quanta, e così a far parte dell'istanza stessa, mentre, appunto per ciò, non ne faceva parte, nemmeno virtuale, prima che questo accadesse (ved. monogr. cit. § 20). Anche questa nuova parte d'istanza che venga, ripetiamo ad aggiungersi a quella esaurita, sarà, come vedremo, soggetta alla perenzione, ma in quanto, s'intende, verifichisi dopo che dessa ha cominciato a sussistere; ed invero si può colpire quel che esiste soltanto virtualmente, non anche quanto non ha neppure questa esistenza.

(1) Quello che qui e più innanzi affermiamo intorno al venir meno della sotto-azione a far giudicare intorno al diritto e delle sotto-azioni in cui la medesima si scinde, vale per quella sotto-azione e quelle sotto-azioni che tutelano la sotto-azione e sotto-azioni predette (e così via via) e l'esistenza o inesistenza delle quali è sempre sottintesa quando si parla dell'esistenza o inesistenza della sotto-azione tutelata (ved. monogr. — *L'organismo della lite* — §§ 2 e 4-8).

(2) Nel caso che più siano i diritti dedotti; o che, rispetto allo stesso diritto, possano, mediante tanti nuovi giudizi, spiegarsi più sotto-azioni a farne giudicare.

La perenzione non colpisce dunque l'*azione*, il complesso di sotto-azioni cioè formante l'unità *azione;* e ciò a differenza della *prescrizione* la quale, come è notissimo, colpisce il *diritto* e per conseguenza l'*azione* che lo tutela. — È così (come abbiamo accennato) che, annullata una lite in forza della perenzione, altra può iniziarsene; e, anche quando, per essersi ormai avuta la sentenza, ciò non possa farsi, ossia non si abbia altra sotto-azione simile a quella perenta, non è men vero che si ha, per esempio, quella *esecutiva* della sentenza definitiva avutasi, e così per tutte le altre sotto-azioni componenti la stessa azione che non siano quella colpita dalla perenzione.

Come per la lite, così per la sotto-azione o sotto-azioni che la informano, rimane però da vedersi cos'è che viene ad essere colpito colpendosi la sotto-azione o sotto-azioni medesime, e, fra le altre indagini, resta quella, se tutta o parte della sotto-azione o sotto-azioni il cui svolgimento costituirebbe un'intiera lite, viene a soggiacere agli effetti della perenzione.

II. 3. Compiamo prima di tutto tale indagine esaminando gli effetti della perenzione che si verifichi in un giudizio qualsiasi, sia poi questo l'unico di cui si componga la lite, o invece uno dei varî che l'abbiano costituita; ed esaminiamoli, gli effetti stessi, limitatamente al giudizio durante il quale la perenzione si compie. — Parlando dunque di perenzione verificatasi in un giudizio in genere diciamo che tutte le sotto-azioni le quali concorrono (siano poi esistenti, o abbiano esistito e siansi poscia consumate col conseguimento dell'oggetto loro) o concorrerebbero a formare in realtà, come vi concorrono virtualmente, quella sotto-azione o sotto-azioni a far giudicare di un diritto che determinano un giudizio, sono egualmente colpite nella esistenza loro o nella possibilità che esi-

stano, ogni qualvolta, dopo o prima della loro nascita ed esperimento si verifica la perenzione. — L'istanza nella quale si estrinseca la detta sotto-azione o sotto-azioni determina un giudizio; la pendenza di lite che ne consegue, il legislatore non vuole si prolunghi oltre certi limiti sotto pena che perda ogni valore giuridico non solamente quanto, fra ciò che costituisce lo svolgimento dell'istanza, rimarrebbe da compiersi, ma anche quanto è stato già compiuto e forma col resto un tutto inscindibile, e che in ogni modo, appunto perchè inscindibile, non potendo ormai più essere seguito da quella rimanente parte di istanza che è necessaria per aversi il giudizio del magistrato, non ha più ragione di esistere o d'essere considerato come esistito; dunque l'intiera sotto-azione o le intiere sotto-azioni, nessuna esclusa, esercitate mediante l'istanza, ossia tutte le sotto-azioni minori di cui quelle si compongono, debbono, verificandosi la perenzione, soggiacere alla sorte anzidetta.

4. E che in realtà debba essere così basta a convincersene la riflessione che, ove ciò non fosse e la perenzione potesse colpire una parte del giudizio e non l'intiero giudizio, la perenzione cesserebbe in tutti questi casi di impedire che rimanga per troppo lungo tempo pendente un giudizio, ed una lite per conseguenza; e pendente appunto rimarrebbe un giudizio quando la perenzione non ne colpisse taluna parte; ora una tal cosa va precisamente contro all'essenza stessa dell'istituto della perenzione,.

Indipendentemente poi da questa considerazione, ove si supponga che possa, nonostante la perenzione, essere salva una parte dell'istanza, e naturalmente ammettersi che potesse rinnuovarsi la parte d'istanza perentasi, non si capirebbe il perchè fosse colpita quella parte che soggiacerebbe alla perenzione. — Per lo meno dovrebbesi spiegare con valide ra-

gioni questo fatto così strano di mantenere l'istituto della perenzione per casi rispetto ai quali non avrebbe alcun valore, se questo non sia il prolungare ancor più quella lite che l'istituto stesso mira ad abbreviare.

5. La perenzione colpisce dunque tutte le parti della istanza svolgentesi in un giudizio o da svolgersi posteriormente, comprese quelle (supposto potesse aversi per l'una e non per l'altra) rispetto alle quali abbandono non si è avuto, ognorachè lo si sia avuto per altre, e viceversa non ne colpisce nessuna, compresa quella in cui l'abbandono si è verificato, quando non si è verificato in un'altra; la perenzione in altre parole è, secondo usasi dire, *indivisibile.*

Questo naturalmente intendiamo affermare rispetto a qualunque frazionamento della istanza; si tratti cioè di un'unica istanza principale scissa correlativamente allo scindersi dell'oggetto suo, (ved, monog. cit., § 6 in princip.) o delle singole parti di istanza in cui quell'istanza principale si scinde in correlazione ai vari elementi del giudizio (ved. capov. del § ora citato); e questo vale per una come per più istanze principali che si svolgano nella istanza complessa determinante una lite.

Parimente poi sembraci indifferente, per l'applicabilità della detta regola, che quelle parti di istanza le quali possano formare materia di un giudizio incidentale la formino o no, e tanto meno che, ove giudizi incidentali si abbiano, siano in primo o in grado ulteriore, oppure nello stadio in cui sussiste il sotto-diritto a gravarsi da una sentenza. E questo dovrà ripetersi per il caso in cui trattisi di varie istanze principali che si trovino in uno stadio diverso. (1) —

(1) Quel che ora abbiamo detto vale naturalmente anche se questa istanza principale fosse nello stadio di rivocazione, per il quale appunto si verifica quello che si è esposto, nel § 2, circa un'istanza che si venga ad aggiungere

La qual cosa però non esclude che siccome (conforme vedremo fra poco) gli effetti della perenzione variano a seconda dello stadio in cui la istanza si trova quando viene colpita dalla perenzione, questo estinguersi dell'istanza porti effetti differenti correlativamente appunto all'essere le varie sue parti nell'uno piuttostochè nell'altro stadio.

6. Ciò esposto fermiamoci un momento a fare qualche osservazione speciale alle due ipotesi: che le parti di istanza, formanti o no dei giudizi incidentali, si svolgano consecutivamente, oppure (e questo anche nel caso di istanze principali) contemporaneamente.

Circa la prima rileveremo l'effetto (per dirla col Pescatore) (1) *retroattivo* che ha la perenzione, al pari della rinunzia alla lite. Sia pure che una parte della istanza siasi già esaurita (ed una parte per quanto piccola deve necessariamente esserlo stata perchè sia incominciato il giudizio e resa possibile la perenzione), questa parte si compenetra col resto della istanza che complessivamente la legge colpisce, e, quasi esistesse a quel momento in ogni sua parte, la perenzione retroagisce a colpire le parti già estinte, ed è come se avesse ciò fatto fino dal loro nascere; il valore giuridico infatti della istanza le è riconosciuto sotto la condizione che

ad altra ormai esaurita. Prima che questo avvenga non si potrà dire che faccia parte della istanza già svolta, ma, quando ciò si è compiuto e questa appendice, direm così, si è aggiunta all'istanza medesima, dessa viene a far parte integrante di quella istanza e quindi si hanno tutte le conseguenze che abbiamo accennate come derivanti dal fatto dell'unicità dell'istanza. Ben s'intende che il contrario dovrebbe dirsi di quel giudizio d'opposizione del terzo che rimane sempre una lite distinta da quella terminata con la sentenza cui si fa opposizione.

(1) Ved. Pescatore, *Sposizione compendiosa* ecc. (ediz. Torino, 1864), vol. I, pag. 256. Un caso analogo si ha, rispetto all'annullamento di diritti, nell'ipotesi di rivocazione legale del testamento per sopravvegnenza di figli: cod. civ., articolo 888.

non venga, durante il suo corso ulteriore, a soggiacere alla perenzione.

Quanto poi alla seconda ipotesi, al caso cioè di parti di istanza o di istanze che si svolgano contemporaneamente, volevamo rilevare come, dato che il giudizio, al pari della lite, costituisca pur sotto i detti rapporti un tutto complesso, ne deriva la egual sorte di ogni sua parte rispetto alla perenzione anche pel fatto che, giovando (in conseguenza del principio ora accennato) un atto della procedura a tener vivo l'intiero giudizio, e con questo la lite, (1) viene necessariamente ad essere unica e inscindibile la causa di estinzione dell'istanza o istanze, e contemporanea ed inscindibile per conseguenza l'estinzione che verificasi dopo un dato ed unico termine decorrente dal detto unico momento: unicità e inscindibilità di causa, e contemporaneità e inscindibilità di effetti, che, determinate come sono dalla cagione anzidetta, se non escluderanno possa non aversi perenzione rispetto a una parte della lite, e a tutte le altre, benchè per quella (supposto sia determinabile se un atto di procedura concerne l'una piuttostochè l'altra parte di lite) fossesi avuta un'inerzia prolungata oltre il termine di perenzione, includeranno però che per tutte e ciascuna individualmente fra le parti stesse sia, quando la perenzione della lite si verifica, decorso un periodo d'inerzia quale occorre perchè la perenzione si compia. Dal che appunto deriva, sempre nell'ipotesi di più istanze principali svolgentisi contemporaneamente (e lo stesso si dica per le parti d'istanza), che, ove pur non si avesse sempre un'unica lite la quale, come si è visto a suo luogo, non può nel suo insieme, come nelle sue parti, prolungarsi

(1) Non ci fermiamo a giustificare questa affermazione in quanto dessa concerne più direttamente la teorica del verificarsi della perenzione, e perchè in ogni modo non crediamo siavi contestazione sopra un tal punto.

altrimenti dopo avvenuta la perenzione, quando cioè fosse possibile considerare sotto questo rispetto quasi tante liti distinte le parti della lite determinate da ciascuna istanza, per tutte queste supposte singole liti si avrebbe sempre una causa per la quale o tutte o nessuna di loro soggiacerebbe a una contemporanea perenzione. (1)

E anche nel caso di perenzione derivante dalla non chiesta dichiarazione di contumacia andrà di pari passo per tutta la lite quella causa di perenzione che è la negligenza dell'attore di non chiedere nel termine la dichiarazione di contumacia e del convenuto di rimanere contumace anche oltre quel termine.

7. Consideriamo adesso gli effetti, ora veduti, della perenzione, l'annullamento cioè dell'istanza che ne deriva, in rapporto al valore giuridico degli atti del giudizio perento.

Quando una causa diversa dalla perenzione (e così per la rinunzia alla lite) annulla il giudizio o parte del giudizio, l'annullamento colpisce non soltanto la sotto-azione informante il giudizio perento, ma tutte le altre che dagli atti del giudizio stesso (2) si sono prodotte; gli atti, in altre parole, sono nulli a tutti gli effetti. Nel caso della perenzione invece le cose procedono altrimenti; trattasi di una causa di nul-

(1) Questo però, avvertasi, non varrebbe ove per una delle istanze principali la perenzione non fosse quella ordinaria, ma derivasse dalla non chiesta dichiarazione di contumacia; caso questo, s'intende, che non può aversi se non nell'ipotesi di giudizio d'ulteriore grado sopra uno dei capi della sentenza, chè, ove tutta la lite sia riunita, per così dire, nello stesso grado, non può certamente parlarsi di contumacia per una parte e per l'altra no.

(2) Parliamo naturalmente degli atti del giudizio in quanto appunto — atti del giudizio, — poichè p. e. un atto di citazione, sebbene nullo per l'incompetenza del giudice davanti al quale si è citato, ha sempre, in quanto non cessa di essere una legale interpellazione al proprio debitore, forza di interrompere la prescrizione (cod. civ., art. 2125).

lità tutta, direm così, artificiale, che ha ragion d'essere solamente in quanto rimane nei limiti necessari a che si raggiunga lo scopo che il legislatore si è proposto nello stabilirla, quello cioè di impedire che continui a pender la lite non ostante il suo prolungarsi soverchio; ed è perciò che, nel caso di perenzione, cadono, col cadere della sotto-azione che spiegavasi nel giudizio perento, quelli effetti degli atti al medesimo appartenenti i quali non siano che sotto-azioni della sotto-azione medesima, o sotto-azioni il cui esercizio sarebbe continuazione del giudizio perento, ma non cadono già quelli che costituiscono sotto-azioni di altra sotto-azione che quella non sia, o che non siano le sotto-azioni accennate. — Il che naturalmente implica che anche la sotto-azione determinante il giudizio perento, per quanto appunto perenta, non lo sia però per quel tanto che occorre perchè gli atti che al giudizio stesso appartengono possano mantenere quei loro effetti che si identifichino con le dette sotto-azioni.

8. Da queste premesse derivano delle conseguenze diverse a seconda degli atti di cui si tratta. È in realtà evidente che gli atti della procedura in senso stretto (ved. monogr. cit., §§ 10 e 11), gli atti cioè i quali non rappresentano che l'estrinsecarsi della istanza, caduta questa dovranno necessariamente perdere ogni loro effetto: tutti gli effetti loro si identificano con lo svolgimento dell'istanza; questa infirmata, nessun altro effetto possono avere in relazione ad altra istanza; sono gli atti di un giudizio, non possono esserlo d'un altro. Solamente, in conformità di quanto si è visto, conserveranno l'effetto di mantenere valore giuridico a quelli atti che costituivano l'oggetto ad essi proprio, e che mercè loro si siano avuti. — Verificandosi tutto il contrario per gli atti che la procedura in senso stretto ha fatto sorgere, le prove cioè, e le sentenze sia definitive che incidentali, a queste ver-

ranno meno soltanto quelli effetti che si identificherebbero con la istanza svoltasi nel giudizio perento, e che eventualmente continuerebbe a svolgersi, se la perenzione non lo impedisse, nei giudizi a quello susseguenti. (1)

Essendo i detti atti della procedura, ossia - la procedura, - secondo suol dirsi e come da qui in avanti diremo, che viene colpita in tutti gli effetti che le sono propri, di lei dovrà dirsi che si perime, ed il contrario invece sarà per le prove e per le sentenze per le quali potrà affermarsi soltanto che se ne perimono quelli effetti che cadono col cadere della lite in cui desse sono sorte. Si perimono dunque anche taluni effetti delle prove e delle sentenze, quelli effetti cioè (già lo abbiamo accennato) il cui attuarsi abbia costituito e costituirebbe uno svolgimento continuato della istanza perenta. Dal che proviene che, per talune fra le prove che hanno per oggetto la procedura e per certe fra le sentenze (2) avénti l'oggetto stesso, ossia fra le sentenze incidentali (p. e. le prove e sentenze tendenti a stabilire la regolarità di un atto di procedura),

(1) Quindi, com'è naturale, non cadono, già lo accennammo, gli effetti *esecutivi* delle sentenze definitive, nè per conseguenza verranno a mancare dell'oggetto loro (ved. nota 1 alla pag. 87) le sotto-azioni a far giudicare dell'esistenza di quelle sotto-azioni a tutelare *di fatto* il diritto con le quali i detti effetti si identificano, p. e. la sotto-azione che si spiega nascendo disputa sull'*esecuzione provvisoria* delle sentenze predette. Sicchè, e sempre per la stessa ragione che non tratterebbesi, per quanto svoltasi durante il giudizio e con le forme di un incidente del giudizio stesso, di una istanza che sia parte di quella determinante il giudizio medesimo, riteniamo che siano indipendenti le sorti, rispetto alla perenzione, di un giudizio avente l'oggetto di far giudicare di un diritto, e di altro, per quanto intersecato nel primo, che, essendosi appunto esercitata la detta sotto-azione, siasi istituito all'oggetto di far giudicare della sotto-azione a tutelare *di fatto* il diritto stesso con l'*esecuzione provvisoria* della sentenza che quel diritto riconosce esistente.

(2) Alludiamo a quelle sentenze incidentali che il Mattirolo (*Diritt. giudiz.*, ediz. 3ª, vol. III, n. 956) chiama, e noi chiameremo con lui, — *meramente preparatorie.* —

la più gran parte degli effetti loro vengono in simil caso a cadere; (1) la massima parte, abbiamo detto, non tutti, giacchè anche le dette prove e sentenze non hanno esclusivamente degli effetti che presuppongano l'esistenza e proseguibilità del giudizio in cui sonosi avute; così p. e., nell'ipotesi di perenzione di un giudizio in cui siasi pronunziata una sentenza incidentale dichiarante la irregolarità di un atto della procedura, e siansi parimente avute delle prove relative alla irregolarità stessa, le prove (in quanto, ove ne sia il caso, possano essere fatte valere fuori del giudizio in cui sonosi avute) e la sentenza incidentale predetta potranno, non ostante la perenzione, spiegare gli effetti loro nel giudizio in cui si sperimenti l'azione d'indennità sorta dall'irregolarità stessa.

9. Dal principio che la perenzione colpisce l'intiera istanza che è estrinsecata nella parte di lite compiutasi mediante il giudizio in corso quando si è verificata la perenzione, e che sarebbe estrinsecabile in quella che potrebbe essere svolta (come continuazione, s'intende, della istanza, non come svolgimento della nuova istanza che venisse, terminata l'altra, a formarle prosecuzione), deriva un'altra conseguenza; quella che la perenzione non colpisce solamente la parte di giudizio che rimaneva a compiersi (oltre quella ormai compiuta) quando la perenzione si è verificata, ma anche, come già abbiamo detto, la parte rimanente di lite, precisamente come se questa non fosse che una parte del giudizio durante il quale la

(1) In questo caso, di perenzione degli effetti delle prove e delle sentenze avutesi in qualunque giudizio, e così pure in quello speciale di prove e sentenze appartenenti invece a un giudizio di grado ulteriore, diciamo, giuridicamente parlando, che dessi effetti vengono meno, senza distinguere se oppur no, nonostante la perenzione, il giudizio abbia avuto il suo termine naturale; chè, pur avendosi l'ipotesi affermativa, gli effetti in parola delle prove e sentenze, al pari di quelli degli atti di procedura, si spiegheranno *di fatto* ma non saranno per questo meno perenti.

perenzione si è verificata. Supposto dunque che, non ostante la perenzione incorsa, la sentenza definitiva sia stata pronunziata (chè altrimenti mancherebbe perciò solo la possibilità di un nuovo giudizio) la perenzione colpisce i sotto-diritti a gravarsi dalla sentenza stessa così come avverrebbe se si trattasse invece di una sentenza incidentale pronunziata nel giudizio nel quale, avanti che tal sentenza si avesse, fossesi compiuta la perenzione; ciò ogniqualvolta, s'intende, l'esistenza di quei sotto-diritti implicherebbe pendenza della lite, e il nuovo giudizio con l'esperimento loro iniziato formerebbe quindi una continuazione non interrotta della lite stessa, quando si tratti cioè del giudizio di opposizione a sentenza contumaciale, d'appellazione o di cassazione (1); chè naturalmente, come si è visto più volte, la regola stessa non varrebbe quando i nuovi giudizi, o sarebbero una continuazione che non sia non interrotta, e quindi un' aggiunta, un' appendice più che una continuazione, come è il caso rispetto a quello di rivocazione, o, peggio ancora, verrebbero a formare una lite a sè così come si ha nell' ipotesi del giudizio di opposizione del terzo. Nel caso ora accennato la sentenza, nel momento stesso in cui nasce, passa in giudicato, e chi vi abbia interesse, semprechè, s'intende, non abbia espressa-

(1) Come si può vedere nei §§ 19 e 20 della monogr. — *L'organismo della lite* — noi crediamo si debba distinguere fra il mezzo della cassazione e quello della rivocazione in rapporto all'essere l'esperibilità loro d'impedimento al passaggio in giudicato della sentenza impugnabile con i mezzi stessi. Avvertiamo però fin d'ora, e lo vedremo a suo luogo, come noi incliniamo a credere che il nostro codice di procedura civile parifichi sotto il detto rispetto il mezzo della cassazione a quello della rivocazione, il che naturalmente porta che non regga di fronte al codice stesso quanto qui diciamo per la perenzione tenendo per base la distinzione anzidetta fra questi due mezzi d'impugnare le sentenze, e debba quindi (ove in tal modo si interpetri la legge) applicarsi anche rispetto al gravame di cassazione quanto diciamo per quello di rivocazione.

mente o tacitamente rinunziato a eccepire la perenzione, potrebbe opporre, a chi avesse interposto uno dei detti gravami contro la sentenza stessa, il fatto che questa è passata in giudicato stante la perenzione verificatasi nel giudizio che l'ha preceduta. (1)

10. E questi principî sono, come si è accennato, applicabili anche ai giudizi ulteriori che si pretendesse, non ostante la perenzione, promuovere intorno alle sentenze incidentali pronunziate nel giudizio perento.

III *A*) **11.** Passando ora a parlare degli effetti della perenzione a seconda dello stadio in cui colpisce la istanza, e trattando del giudizio di primo grado, per questo che è, per così dire, il tipo normale di giudizio, varranno le regole sovresposte proprie a un giudizio qualunque. Rileveremo soltanto, come applicazione di quelle regole, il fatto, che già abbiamo avuto occasione di accennare, cioè che perentosi un giudizio in primo grado, e ove non lo impedisca l' essersi avuta la sentenza definitiva, si potrà, a tutela dello stesso diritto, iniziare, con un nuovo giudizio, una lite novella.

12. Avendo necessariamente, nel trattare della perenzione verificatasi durante un giudizio qualunque, parlato della perenzione rispetto alle parti che lo compongono e formanti, o che potrebbero formare, un giudizio incidentale, nulla havvi da dire in proposito.

B) **13.** Allorchè la istanza mediante la quale si spiegasse la sotto-azione a gravarsi di una sentenza non sarebbe che continuazione della istanza che si è spiegata nel giudizio

(1) Indipendentemente da ciò l'indagine se siasi perento un giudizio avrà, per quanto ormai questo sia terminato, importanza per stabilire se o no è stata interrotta la prescrizione, ogniqualvolta, ben si comprende, la sentenza stessa non abbia giudicato sul merito, e, passando in giudicato, tolto ogni valore alla questione circa la prescrizione del diritto di cui si disputava.

terminato con la sentenza medesima, e semprechè quindi sia il caso di sotto-diritto a gravarsi la cui esistenza implichi pendenza di lite, quando cioè si tratti del gravame d'appello, d'opposizione o di cassazione (1) in questa ipotesi, dicevamo se, dal momento in cui si spiegò per l'ultima volta la istanza, si è verificato quel tale abbandono della lite che porta la perenzione, questa verrà a colpire la lite così come la colpisce ove l'interruzione, e la perenzione che ne consegue, si fosse verificata in un altro stadio qualsiasi dello svolgersi dell'istanza.

Gli effetti però non saranno in simil caso totalmente uguali a quelli che si avrebbero avvenendo la perenzione durante un altro stadio della lite e in particolare in primo grado. Delle sotto-azioni infatti componenti o che comporrebbero il complesso di quelle di cui la lite in parola sia svolgimento, saranno colpite tutte le anzidette fra le sotto-azioni a gravarsi della sentenza: ma se in questo modo viene a mancare la possibilità di una continuazione della lite, e conseguentemente avviene il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, non ne verrà ancora la perenzione del giudizio o giudizi precedenti alla sentenza stessa. Ciò per ragioni ovvie, e che essendo, del resto, analoghe a quelle che valgono per ripetere la detta regola per la perenzione di un giudizio susseguente considerata rispetto al giudizio anteriore, accenneremo parlando dei giudizi ulteriori a quello di primo grado.

14. Quel passaggio in cosa giudicata della sentenza impugnabile che è l'effetto della perenzione la quale colpisca l'istanza durante lo stadio dell'esistenza di quelle tali specie di sotto-diritti a gravarsi di una sentenza definitiva, si avrà pure quando il sotto-diritto a gravarsi rifletta invece una sen-

(1) Quanto però al mezzo della cassazione ved. nota a pag. 97.

tenza incidentale. In questa ipotesi però, come abbiamo visto parlando della perenzione verificatasi in un qualunque giudizio, dessa non colpirà soltanto la possibilità della continuazione della lite mediante l'esperimento delle sotto-azioni che rappresentano l'esercizio dei detti sotto-diritti, ma anche la parte di lite che già si è svolta.

C) **a) 15.** Perimendosi la lite durante lo svolgersi di un giudizio di opposizione, di appello o di rivocazione, (1) gli effetti che proverranno da un tal fatto saranno, in massima, quelli che appunto abbiamo accennato come verificantisi quali effetti della perenzione avvenuta in un giudizio qualunque; gli organismi di quei giudizi sono essenzialmente uguali a qualunque altro, ed essenzialmente uguali debbono quindi essere gli effetti che la perenzione produce a seconda che si verifichi durante l'uno o l'altro stadio. (2) Nel caso però di un giudizio non di primo grado vi è, o vi sono, dei giudizi precedenti, e (meno il caso s'intende di sentenza non impugnabile) delle sotto-azioni a gravarsi di nuovo, con lo stesso mezzo d'impugnazione o con altro diverso, della sentenza impugnata, e tutto ciò implica delle differenze nell'applicazione che, delle regole accennate, deve farsi nel caso di perenzione verificatasi in uno di questi giudizi.

16. Quanto al giudizio o giudizi precedenti questi non sono colpiti dalla perenzione che si verifichi durante uno dei giudizi in parola. I giudizi che compongono una lite sono parti di questa come i giudizi incidentali sono parti del giudizio principale; ma i primi hanno, in relazione al giudicare del-

(1) Quanto al giudizio di cassazione, il medesimo, com'è notissimo, non può soggiacere a perenzione.

(2) Ciò naturalmente diciamo anche per quanto riflette il giudizio che si volesse far susseguire in via di gravame contro la sentenza definitiva che, nonostante la perenzione, fosse stata pronunziata in uno di questi giudizi.

l'esistenza del diritto, una vita propria, la quale fa sì che, anche disgiunti, conservino, sempre in relazione al detto oggetto, il loro valore giuridico; mentre i secondi, appunto perchè, in rapporto all'oggetto stesso, non hanno vita propria, non possono, senza perdere il loro valore, essere disgiunti dalla parte rimanente del giudizio che, perimendosi, non avrebbe possibilità di ulteriore svolgimento, e questa parte, viceversa, verrebbe, mancando loro, a perdere il valore stesso in rapporto all'oggetto che trattavasi di conseguire. Dal che deriva la possibilità che rimanga salvo, divenendo definitivo, un precedente giudizio pur perimendosi il susseguente; cosa questa che non si comprenderebbe per una parte di giudizio; e deriva pure l'ulteriore ragione del perchè non può perimersi una sola parte di giudizio e si perime invece un giudizio e non il precedente, quella cioè che, in questo secondo caso, basta si perima il nuovo giudizio e divenga definitivo il primo perchè non rimanga, nei casi in cui ciò avverrebbe, altrimenti pendente la lite, e si abbia in tal modo appunto quell'impedimento alla continuazione della lite che è l'effetto essenziale della perenzione in qualunque stadio dell'istanza si verifichi. (1)

17. Naturalmente poi quello che ora abbiamo detto rispetto a un nuovo giudizio su tutta la lite e al giudizio che lo precedette, intendiamo ripeterlo per il nuovo giudizio su parte della lite e la parte correlativa del precedente.

Non vale invece, quanto si è esposto di sopra, e ricorre la regola ordinaria per la quale la perenzione colpisce tutta la lite, rispetto alla parte non decisa. (2) Ed in vero questa parte, è, sotto tale rispetto, come se formasse un giudizio

(1) Vedi però in fine della prima nota al § 21.

(2) Non ne escludiamo il caso di un giudizio di rivocazione sopra uno dei capi della sentenza giacchè anche questo giudizio non fa meno, dal momento

distinto, e precisamente un giudizio non chiuso dalla sentenza definitiva, e al quale, per conseguenza, non è applicabile quel che, nel paragrafo precedente, abbiamo addotto per dimostrare come il giudizio terminato con la sentenza impugnata non sia colpito dalla perenzione verificatasi nel giudizio che, in via di gravame, gli è susseguito.

18. Se non si perime il precedente o non si perimono i precedenti giudizi, soggiacciono ad una tal sorte, oltre, che ben s'intende, il giudizio in corso e quel sotto-diritto a gravarsi che si è sperimentato con l'iniziare il giudizio stesso, quei sotto-diritti a gravarsi della sentenza impugnata la cui esistenza esclude l'esaurimento dell'istanza e il conseguente passaggio in giudicato della sentenza medesima (1): il sotto-diritto cioè, ove (è inutile il dirlo) non si fosse già perduta la facoltà di fare una tal cosa per decorrenza dei termini all'uopo stabiliti, di impugnare nuovamente la sentenza col mezzo già adibito dell'opposizione o dell'appello; oppure, ove si fosse spiegata la opposizione, di interporre l'appello; ove invece si trattasse di un giudizio d'appello, di interporre il mezzo della cassazione: (2) che se poi fossimo nel caso di giudizio di rivocazione il sotto-diritto a gravarsi che verrebbe meno sarebbe quello di cassazione, giacchè, quanto all'opposizione o all'appello, la possibilità che, la sentenza impugnata col mezzo della rivocazione, lo sia poi con i detti mezzi, è

che esiste, parte integrante di quella lite di cui è parte parimente il giudizio sopra altro capo rimasto in grado diverso, e che tutta quanta viene colpita dalla perenzione (ved. nota a pag. 90).

(1) Ricordiamo che i gravami che vengono così ad escludersi sono, almeno secondo noi, quelli della rivocazione e della opposizione del terzo. Quanto al mezzo della cassazione ved. nota a pag. 97.

(2) Dell'esperimento dell'opposizione dopo l'appello non vi è luogo a far motto giacchè, come è noto, l'art. 481 cod. proc. civ. dichiara che « l'appello « dalle sentenze contumaciali importa renunzia al diritto di fare opposizione ».

esclusa dal fatto che il rimedio della rivocazione si ha soltanto contro le sentenze « pronunziate in contraddittorio e in « grado di appello » (cod. di proc. civ., art. 494), o almeno non più impugnabili con questi mezzi (detto cod. art. 495).

Conseguenza della qual perenzione di quanto ora si è detto sarà naturalmente il passaggio in giudicato della sentenza impugnata. (1)

Le ragioni di quanto si è affermato rispetto ai sotto-diritti a gravarsi nuovamente della sentenza impugnata sono quelle stesse che abbiamo accennate nel caso che i sotto-diritti a gravarsi mediante opposizione, appello o cassazione siano colpiti dalla perenzione che si verifichi avanti lo sperimento loro anzichè per la perenzione avvenuta durante i giudizi che appunto (quanto ai rimedi dell'opposizione e dell'appello) dallo esperimento stesso siano stati determinati. E queste ragioni del resto si riducono in sostanza a quel prin-

(1) Questo però non esclude, come ben si comprende, che la sentenza passata in giudicato possa poi essere impugnata col mezzo della rivocazione, sia o no già stata attaccata con questo mezzo che, conforme si è visto, non è colpito dalla perenzione. Il passaggio in giudicato di una sentenza non è di ostacolo a che la si impugni in via di rivocazione. Chi ammette in fatti che il poter essere una sentenza impugnata con questo mezzo non ne impedisca il passaggio in giudicato, ammette anche però che la irretrattabilità conseguente abbia senso relativo soltanto a quei mezzi di impugnazione che il detto mezzo non siano: nell'ipotesi stessa si avranno, quanto al potersi sempre nuovamente sperimentare lo stesso mezzo (ove non sia stato esaurito col giudizio portatovi dal magistrato) o nuovi mezzi dello stesso genere, quelle stesse conseguenze pratiche che si hanno nel caso di perenzione del giudizio di opposizione del terzo. Sia pure che basti la irretrattabilità relativa ai mezzi che non siano la rivocazione o l'opposizione del terzo, o addirittura (secondo quelli che ciò opinano) i mezzi *straordinari*, perchè si consideri la sentenza come passata in giudicato, non verrà meno per questo la regola che il solo aver sperimentato o non poter più sperimentare un mezzo d'impugnazione non implica non si possano far valere gli altri mezzi che siano dati per impugnare una medesima sentenza.

cipio tante volte ripetuto che, verificatasi la perenzione, non è più lecito proseguire la lite in quanto l'intiera istanza informante la lite, meno quella parte che siasi esaurita col chiudersi di un precedente giudizio, viene colpita dalla perenzione, non quella parte d'istanza soltanto che si spiegava nel giudizio perento così come è nel caso di annullamento non per perenzione di uno di simili giudizi, caso questo, nel quale, appunto perchè si verifica una tal cosa, si mantiene e si può spiegare, ove non siasi perso per decorrenza del termine, o, quanto all'opposizione, per il fatto d'avere appellato, il diritto a impugnare nuovamente la sentenza con uno di questi mezzi.

19. Ben si comprende poi che le cose dette nel paragrafo precedente in proposito di questi ulteriori giudizi, e quelle che diremo come deduzione delle medesime, si applicheranno anche al caso in cui si tratti di un nuovo giudizio sopra il singolo capo di una sentenza definitiva.

20. L'annullamento della procedura di uno di questi giudizi non porta, così come abbiamo detto trattando della perenzione verificatasi durante un giudizio qualsiasi, che si estinguano le prove e le sentenze incidentali o definitive che siano intervenute nei giudizi medesimi. Nè l'effetto stesso deriverà dal fatto che, conseguentemente alla perenzione di uno di simili giudizi, passi in giudicato la sentenza impugnata: il fatto stesso implica ordinariamente l'effetto in parola, in quanto presuppone quell'annullamento del nuovo giudizio che porta la nullità di quanto si è avuto nel nuovo giudizio venuto a infirmarsi; ma già sappiamo come l'annullamento derivante da perenzione non produca simili effetti rispetto appunto a ciò che è sorto in conseguenza del giudizio perentosi: e, se questo è da un lato, dall'altro il fatto che acquisti piena forza una sentenza non esclude di per se che la mantenga un'altra sentenza o una prova avutasi nel nuovo giudizio.

Ciò non toglie per altro che cadano quelli effetti delle prove e delle sentenze incidentali la cui esistenza è incompatibile col fatto della perenzione di tali giudizi e del conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata (1).

21. Come dunque ora si è visto il passaggio in giudicato di una sentenza in forza della perenzione del nuovo giudizio non deriva da un fatto (quale sarebbe un'altra nullità qualsiasi che, in concorso p. e. col decorrimento del termine a poter di nuovo impugnare la sentenza, porti il passaggio in giudicato della sentenza stessa) il quale essendo perdano il loro valore giuridico le prove e le sentenze incidentali o definitive avutesi nel nuovo giudizio che siasi perento; nè, per conseguenza, il passaggio in giudicato ora detto è incompatibile con l'altro fatto che le prove e le sentenze accennate mantengano i loro effetti non ostante detto passaggio in giudicato. — Talvolta però, quanto alle nuove sentenze, simile incompatibilità che non è, ripetesi, implicita in ciò che determina il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, deriverebbe dal fatto stesso della coesistenza della sentenza impugnata e di quella avutasi nel nuovo giudizio:

(1) Da ciò si vede tosto che, nel caso speciale di perenzione in giudizio di grado ulteriore, avendosi il passaggio in giudicato della sentenza impugnata e quindi l'impossibilità di rinnuovare la lite, più frequentemente e per una quantità maggiore di effetti delle sentenze stesse si verificherà la perenzione: alludiamo principalmente alle sentenze ammittenti una prova le quali, nel caso stesso, non possono essere fatte valere nella nuova lite che si potrebbe iniziare ove la perenzione avesse colpito il giudizio in primo grado. Le sentenze incidentali, per quanto pronunziate in giudizio non di primo grado colpito da perenzione, conserveranno certi effetti loro nel caso p. e. di una sentenza che riconosce nell'attore una certa qualità, oppure dichiara l'autenticità di un atto concernente la procedura, o in fine di una sentenza incidentale qualunque pronunziata in grado ulteriore ognorachè la sentenza impugnata non abbia decisa tutta la causa e la parte non decisa e perentasi in primo grado formi tema di una nuova lite.

se in fatti questa nuova sentenza è una sentenza incidentale nulla ripugna (sempre ove si tratti di nullità del nuovo giudizio in forza di perenzione) che coesista la sentenza definitiva impugnata e la nuova sentenza ora detta;(1) lo stesso si dica allorchè si tratti di una sentenza definitiva avutasi nel nuovo giudizio nonostante la perenzione, e che sia confermatoria di quella impugnata, sia tale cioè che, indipendentemente dalla perenzione o altra qualsiasi nullità del nuovo giudizio, porterebbe di per sè stessa, per effetto proprio, il passaggio in giudicato della sentenza confermata:(2) quando invece questa nuova sentenza definitiva riforma quella impugnata, il passaggio in giudicato di quest'ultima e la permanenza degli effetti della sentenza di grado ulteriore sareb-

(1) Può aversi un caso in cui ciò non sia vero, il caso cioè che nel nuovo giudizio colpito dalla perenzione si abbia una sentenza con la quale, ammettendosi p. e. una prova per chiarir meglio il merito, frattanto si dichiari la nullità della sentenza impugnata. Ove ciò si dia, l'esistere della sentenza in parola è incompatibile con il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, ed essendosi quindi in un caso analogo a quello di una sentenza definitiva che riformi nel merito quella impugnata, dovrà per il primo caso ripetersi quel che ora diremo per il secondo: salva la differenza che, conservando il suo valore una nuova sentenza definitiva che riformi la prima, la lite avrà il suo termine con la nuova sentenza medesima, e non sarà più possibile che fra le stesse parti sia contestato un'altra volta quanto ormai è stato deciso; e che se invece nel giudizio di ulteriore grado colpito dalla perenzione si è avuta una sentenza come quella che si è detto, ciò che diverrà definitivo sarà soltanto l'annullamento della sentenza impugnata e nulla impedirà di rinnuovare la lite facendoci, al caso, valere la sentenza predetta in quanto ammetta una prova; e diciamo — rinnuovare la lite, — non — ripigliare il giudizio di primo grado, — giacchè, in questo caso anomalo in cui, non ostante la perenzione in grado ulteriore, non passa in giudicato nè la sentenza definitiva di primo grado, nè un'altra del pari definitiva pronunziata nel nuovo giudizio, non ricorre quello che dicevamo nel § 16, nè quindi è applicabile la regola per cui la perenzione di un giudizio sorto in via di gravame contro una sentenza definitiva non porta la perenzione della procedura del primo giudizio.

(2) Ved. Mattirolo, *Diritt. Giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. V, n. 231.

bero evidentemente termini contraddittôri. (1) Ma è che appunto, la regola per la quale la perenzione in giudizio di opposizione, d'appello o di rivocazione porta il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, soffre eccezione ogniqualvolta si ha una sentenza definitiva, o la parte definitiva di una sentenza, che riformi la prima.

22. Le ragioni di ciò sono molto semplici. Abbiamo veduto che il passaggio in giudicato della sentenza impugnata in conseguenza della perenzione del giudizio ulteriore deriva dal fatto che questa, dovendo impedire la continuazione della lite, colpisce la parte di istanza in corso non che quelle altre che si potessero spiegare all'oggetto stesso di gravarsi della sentenza impugnata. Abbiamo visto anche però, come, l'essere colpita l'istanza e la procedura in cui si estrinseca, non faccia venir meno alle sentenze gli effetti loro; il che dovendosi applicare anche alla nuova sentenza definitiva fa sì che bisogna in questo caso, come sempre (ved. in fine del § 7), riconoscere nella procedura del giudizio in grado ulteriore colpito dalla perenzione quel valore giuridico che è necessario affinchè una sentenza non venga meno col cadere della procedura: ora sarà appunto questo valore giuridico sopresistente

(1) Ciò che qui diciamo, e quello che stiamo per affermare intorno alla ipotesi medesima, intendiamo riferirlo tanto al caso ordinarissimo di una nuova sentenza definitiva che revochi quella impugnata e nel tempo stesso giudichi di nuovo e diversamente del merito, quanto a quello, strano a dir poco, del quale, secondo l'egregio Mortara, tratterebbe la decisione della Cassazione di Firenze del 2 giugno 1887 (ved., la nota a questa decisione edita nella *Temi Veneta*, 1887, 328), di una nuova sentenza cioè che, nell'ammettere p. e. una prova, frattanto dichiari revocata la sentenza impugnata. Solamente le conseguenze pratiche che si avranno nella seconda ipotesi saranno diverse da quelle che derivano dal verificarsi della prima, e simili invece alle altre accennate, in fine della nota n. 1 alla pag. precedente, per il caso che nel nuovo giudizio siasi pronunziata sentenza che annulli quella impugnata senza decidere il merito. Ritiene un concetto diverso la decisione ora citata la quale

nella procedura stessa perenta, e la conseguente permanenza in vita della nuova sentenza, che escluderà quel passaggio in giudicato della sentenza impugnata il quale, nel caso di una nuova sentenza che riformi la prima, sarebbe incompatibile con la sopresistenza di quel valore giuridico e con la permanenza in vita della nuova sentenza medesima.

23. Questa ragione che scaturisce dall'essenza stessa dell'istituto della perenzione è più che bastevole a giustificare quanto ora affermavamo. Potrebbe citarsene anche un'altra tutta estrinseca; il volere cioè evitare l'inconveniente che rimanga in vita una sentenza modificata da altra e implicitamente quindi dichiarata ingiusta. Facile però sarebbe l'osservare che simile inconveniente è una necessità, e ogni giorno ricorre quando si verifica che una sentenza sia stata riformata da altra in un giudizio che poi sia dichiarato nullo; analogo inconveniente si ha quando, in caso di perenzione o di altra qualsiasi nullità, passa in giudicato la sentenza impugnata pur essendosi avuta una sentenza incidentale che p. e. infirmi un documento su cui siasi fondata la sentenza impugnata, disconosca in una delle parti una qualità ritenuta dai primi giudici ecc.

(sempre supposto che in realtà tratti della ipotesi in parola) dichiara che nell'ipotesi medesima la perenzione del nuovo giudizio produrrà il passaggio in giudicato della sentenza impugnata; ciò, essa dice, in quanto la perenzione non fa venir meno gli effetti delle sentenze; ma è evidente come questo che in realtà vale per la sentenza impugnata valga anche per la sentenza pronunziata nel giudizio di ulteriore grado, e che non può, con la Cassazione, tenersi conto della prima parte del capov. dell'art. 341 senza fare altrettanto per l'altra che incomincia con la parola « *quando* ». — Nello stesso nostro senso vedasi la nota che l'egregio Mortara ha apposta alla decis. cit., *loc. cit.* — In ogni modo rileviamo che la Cassazione di Firenze, mentre con ripetute decisioni (ved. più oltre la nota in princip. al § 37) aveva ritenuto che le sentenze impedissero la perenzione della procedura a loro precedente, qui ammette il principio contrario.

24. Del caso di perenzione che si verifichi in un giudizio di opposizione, d'appello o di rivocazione di sentenze incidentali già abbiamo detto parlando di perenzione in un giudizio qualsiasi; e, per ciò che concerne il passaggio in giudicato della sentenza incidentale impugnata con i detti mezzi, o delle nuove pronunziate dietro uno di simili gravami dalla sentenza stessa (nel caso appunto che, non ostante la perenzione, sia stata pronunziata qualche nuova sentenza non definitiva o anche definitiva dell'incidente stesso) sarà applicabile per analogia quello che si è detto nell'ipotesi di impugnazione di sentenze definitive.

b) 25. Nell'esaminare gli effetti della perenzione che si verifichi in un giudizio in genere abbiamo veduto come e perchè la perenzione non distrugga la possibilità di un giudizio di opposizione del terzo da farsi susseguire al giudizio perento; e, compiendo poi la stessa indagine per la perenzione che si verifichi in quello stadio di esistenza della istanza nel quale null'altro sussiste che il sotto-diritto a gravarsi di una sentenza, si è accennato come e perchè la perenzione che si verifichi nello stadio anzidetto non possa essere che quella del sotto-diritto a gravarsi mediante opposizione, appello o cassazione. Per il solito motivo che lo svolgimento della sotto-azione a gravarsi nel detto modo di una sentenza costituisce sempre necessariamente una lite distinta da quella terminata con la sentenza contro la quale il terzo insorge, la perenzione nel giudizio di opposizione del terzo non colpisce (senza dire dei giudizi precedenti pei quali in ogni modo varrebbe quanto si è detto nel caso di perenzione nei giudizi di opposizione, di appello o di rivocazione) le sotto-azioni a gravarsi nel modo medesimo con nuova impugnativa. (1) Sic-

(1) Naturalmente trattandosi di giudizio di opposizione del terzo non può parlarsi di altri mezzi di impugnativa che — opposizione del terzo — non siano.

come infatti il giudizio di opposizione del terzo non viene a formare parte della lite che terminò con la sentenza impugnata, conseguentemente il nuovo giudizio di opposizione che il terzo stesso promuova contro la medesima sentenza formerà, rispetto al precedente consimile giudizio, una lite diversa.

È poi appena necessario il notare che, ove la sentenza impugnata con l'accennato rimedio non avesse definita una parte della lite, dovrebbe, rispetto al caso stesso, dirsi il contrario di quello che si è detto (ved. capov. del § 17; ved. anche il § 5 ed ivi nota a pag. 90) nel caso analogo che si verifichi nell'ipotesi di perenzione di un giudizio di opposizione, di appello o di rivocazione: nell'ipotesi attuale, di perenzione cioè di un giudizio di opposizione del terzo, la perenzione stessa non colpirebbe la parte di lite non decisa dalla sentenza impugnata e che si trovasse tuttora pendente nel momento in cui si verifichi la perenzione del giudizio di opposizione del terzo.

Il giudizio di opposizione del terzo, in quanto costituente una nuova lite, è indipendente sotto questo aspetto dai giudizi che abbiano preceduta la sentenza impugnata o che potessero susseguirle. È quindi, nel caso di perenzione verificatasi nel detto giudizio, come se si trattasse di giudizio di primo grado, e, agli effetti della perenzione nel primo caso, sono applicabili quelle regole che abbiamo esposto in relazione al secondo. (1)

Vi è un caso bensì, quello della opposizione del terzo *necessaria*, in cui, data la perenzione del giudizio stesso, la sentenza impugnata non sarà più opponibile dal terzo, ma ciò avviene per ragioni estranee alla perenzione, non già per ef-

(1) Per conseguenza p. e. quella circa la perenzione dei sotto-diritti a gravarsi delle sentenze pronunziate nel giudizio perento.

fetto di questa: quindi, *per quanto concerne tale istituto*, anche in tal caso sarà come se si trattasse di perenzione in giudizio di primo grado.

26. Dovrebbesi qui parlare del rimedio della opposizione del terzo contro una sentenza incidentale, ma nulla vi è da dire in proposito in quanto, come è noto, contro le sentenze stesse non si dà il detto rimedio. (1)

B) Secondo la scienza e la giurisprudenza.

27. Siccome certamente non ci proponiamo in questi nostri studi uno scopo puramente teoretico, così, dopo aver detto quali, secondo noi, sono i principî che regolano gli effetti della perenzione, dobbiamo esaminare se ed in quanto le nostre leggi si uniformino ai principî medesimi. Prima però è naturale che, per constatar sempre meglio se le nostre idee siano esatte, esaminiamo cosa pensino intorno a questa materia i nostri autori e la nostra giurisprudenza.

I criteri che abbiamo esposti intorno agli effetti della perenzione sono (se pure non ci inganniamo) così semplici ed evidenti che forse taluno potrebbe credere fossero accolti generalmente. E invece, per quanto almeno riguarda gli effetti della perenzione in rapporto al fatto che nel giudizio perento siansi avute delle sentenze, la dottrina e giurisprudenza tutta adducono, più o meno recisamente, principî diversi dai nostri, o, peggio ancora, li combattono addirittura.

Autori e magistrati debbono, in relazione a questa parte del nostro argomento, dividersi in due schiere molto distinte: una è quella di coloro che, pure partendo da principî più o meno diversi dai nostri, arrivano però nelle questioni più es-

(1) Ved. Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. IV, n. 745.

senziali a conclusioni in gran parte identiche a quelle cui giungiamo noi; l'altra si compone di coloro che, sempre in quanto concerne la parte anzidetta della materia della perenzione, pervengono a tali conseguenze che l'istituto della perenzione, e nella teoria e nella pratica, viene ad essere radicalmente mutato da quello che è stando alle idee nostre, anzi, quanto alla pratica, anche secondo le applicazioni che dei principî suoi fa il primo fra questi due gruppi di autori e di magistrati. — Incominciamo dal primo gruppo. (1)

I *A*) **28.** Non pochi autori (2) e non poche decisioni (3), rigettando quella teoria, rientrante nel secondo gruppo, secondo la quale la perenzione della procedura farebbe cadere le sentenze, e così pure l'altra teoria per la quale la sentenza,

(1) Oltre gli autori che qui sotto citiamo come rientranti in questo gruppo, possono vedersi: Scotti, monografia nel *Giornale delle Leggi*, 1879, 209, e De-Simonis, nel *Giornale* stesso an. 1878, 316, i quali, ma specialmente il primo, benchè, come vedremo, sopra un altro punto differiscano da noi, espongono con molta esattezza idee che consuonano con le nostre; Pistoni, monog. nel detto *Giornale*, 1878, 212, e Maurelli nel *Giornale* stesso, an. medesimo, 354.

(2-3) Ved. Iannuzzi, monografia nel *Filangeri*, 1878, par. I, pag, 405; Calenda di Tavani, monografia nell'*Annuario della Proc. Civ.*, 1885, pag. 482; Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. III, nn. 963 e 965. — Altrettanto fanno la più gran parte di quelle fra le decisioni favorevoli alla tesi nostra che qui citiamo: Cassazione Torino, 17 dicembre 1873 (*Giurisp.*, 1874, 161); 25 novembre 1879 (*Annali*, XIV, I, 1, 374); 20 marzo 1881 (*ibid.*, XV, I, 1, 206); 30 agosto 1882 (*Giurisp. Ital.*, 1882. I, 1, 594); 9 settembre 1882 (*Cassazione*, 1882, II, 552); 18 aprile 1883 (*Annali*, XVII, I, 1, 116); 15 giugno 1883 (*Giurisp.*, 1883, 1062); 15 decembre 1883 (*ibid.*, 1884, 471); App. Genova, 13 novembre 1875 (*Giurisp. Ital.*, 1876, 259); Cassaz. Napoli, 18 agosto 1876 (*Annali*, XI, I, 1, 84); 30 marzo 1878 (*ibid.*, XII, I, 1, 293); 25 aprile 1878 (*ibid.*, XII, I, 1, 614); 17 novembre 1878 (*ibid.*, XIII, I, 1, 156); 15 ottobre 1881 (*Giurisp. Ital.*, 1882, 37); 13 maggio 1882 (*Annali*, XVI, I, 1, 383); 31 maggio 1883 (*Fôro*, 1883, 970); 1° giugno 1883 (*Annali*, XVII, I, 1, 451); Cassaz. Roma, 7 giugno 1882 (*Giurisp. Ital.*, 1882, 578); 7 febbraio 1883 (*ibid.*, 1883, 234); 13 luglio 1883 (*ibid.*, 1884, 112); Cassaz. Palermo, 11 marzo 1882 (*Circolo Giuridico*, 1882, 365); Appello Palermo, 17 febbraio 1882 (*Annali*, XVI, III, 418); Appello Lucca, 22 gennaio 1886 (*ibid.*, XX, III, 53).

trasmutando l'istanza, ossia la azione (la — sotto-azione, — diciamo noi) con questa sperimentata, nell' *actio judicati*, sottrarrebbe alla perenzione la parte d'istanza precedente alla sentenza ed impedirebbe che il cadere della procedura portasse un consimile effetto per la sentenza, rigettando queste due teorie, dicevamo, oppongono quanto alla seconda: essere verissimo che la sentenza consumando l'istanza e convertendola nell'*actio judicati* la quale, per espresso disposto di legge, non è colpita dalla perenzione verificatasi in danno del giudizio che alla sentenza condusse, salva dalla perenzione la parte d'istanza precedente alla sentenza; ma che siccome non ogni sentenza esaurisce tutta quanta la istanza, anzi le incidentali necessariamente non ne esauriscono che una porzione, così, per tutta quella parte di istanza che non è stata dalla sentenza decisa, dovrà, pur, per la teoria da loro combattuta ammettersi il verificarsi della perenzione.

Gli autori e le decisioni sopraccennate partono dunque dal principio che, la teoria che si basa sul fatto della consumazione dell'istanza per opera della sentenza, sia una teoria accettabile; ed essi in fatti, invece che combatterla, ne limitano l'applicazione al campo che in ogni caso le sarebbe proprio. Per parte nostra invece non esitiamo a rigettarla, e ne diremo le ragioni allorchè, trattando del secondo fra i gruppi accennati, esamineremo simile teoria. Ora, posto che tale teoria non possa reggere, quella che andiamo esaminando viene a perdere molta parte della sua ragione di essere. Non tutta però in quanto è manifesto che dessa è un ottima seconda linea di difesa per chi sostiene delle conclusioni simili alle nostre. Ed in vero, concesso pure ai comuni avversari che la loro teoria della consumazione dell'istanza (chiamiamola così) fosse accettabile, non per questo si dovrebbe meno,

per la ragione accennata, rigettare la conclusione cui essi pervengono, secondo la quale, quando si abbia una sentenza anche semplicemente incidentale, non potrebbe parlarsi di perenzione della parte di giudizio che precede la sentenza medesima.

29. Questi nostri avversari ammettono che le sentenze *meramente preparatorie* siano colpite dalla perenzione. Simile affermazione ci pare, senza bisogno di ulteriori osservazioni, risulti provata erronea da quanto si è visto a suo luogo (ved. sopra § 8).

30. Intorno alla teoria della *indivisibilità* della perenzione per quanto riguarda più diritti che formino oggetto della lite, dottrina e giurisprudenza sono pressochè concordi nell'accoglierla nella sua interezza (1) così come noi facciamo (ved. §§ 5 e 6). Non mancano però quelli i quali vi introducono delle eccezioni concernenti quasi sempre dei casi di azioni diverse che si spieghino in una unica lite. Abbiamo veduto però come vada contro all'essenza stessa dell'istituto della perenzione il rompere, in rapporto alla medesima, l'unità della lite; il che, una volta si ammettano delle eccezioni alla regola stessa, bisognerebbe fare per lo meno ogni qualvolta si ha il caso ora accennato di più azioni svolgentisi in una stessa lite; nulla più in fatto di questo si aveva nelle varie fattispecie in cui si è ritenuto di dover derogare al principio sopraccennato. — Così vediamo in un caso ritenuta la divisibilità della perenzione (2) appoggiandosi sull'argomento che due azioni concerneva la lite, e che desse avevano una diversa *causa petendi*; quasi che, per quanto separate e distinte, non formassero ambedue oggetto di un medesimo

(1) Ved. Mattirolo, *Diritt. Giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. III, nn. 980 e 981.

(2) Ved. Corte d'appello di Palermo, 30 decembre 1882 (*Annali* XVII, III, 266).

giudizio e non fossero quindi del pari parti integranti di quella lite che intiera viene colpita; quasi che, coloro dai quali quelle azioni si vantavano, non fossero tutti parti nella stessa lite, e quindi come sarebbe stato a tutti attribuibile il fatto che, nessuno scuotendo l'inerzia, fossesi abbandonato il giudizio per il tempo necessario ad aversi perenzione, non dovesse viceversa a tutti giovare l'avere uno di costoro, sia pure correlativamente a quanto concerne l'istanza sua, rimessa in movimento la lite a tutti comune. — Altro caso in cui abbiamo nella nostra giurisprudenza (1) veduto violato il detto principio, è nell'ipotesi di un appello principale ed uno incidentale: ora è verissimo che ciascun appello ha vita propria e che la nullità dell'uno non porta quella dell'altro; ma qui non è questione di nullità di un dato atto o di uno diverso, è questione di nullità dell'intiera procedura di tutta la lite, procedura la quale naturalmente abbraccia appello principale e appello incidentale. Nè si citi il caso della deserzione dell'appello principale non dipendente dall'essere stato proposto fuori del termine o della rinunzia allo appello stesso, deserzione e rinunzia (ved. art. 487 cod. proc. civ.) che, come è noto, non pregiudicano l'appello incidentale: è in fatti manifesto che, sia la deserzione, sia la rinunzia, spiegano i loro effetti limitatamente all'appello principale medesimo; se l'appellante principale ha compiuto cosa che porti la deserzione del suo appello non vuol dire abbia fatto altrettanto l'appellante per incidente, e se l'appellante principale medesimo ha rinunziato al suo appello non può certamente aver rinunziato anche per conto dell'appellante per incidente: nel caso della perenzione invece la negligenza di ambedue gli appellanti nel proseguire il proprio e l'altrui appello

(1) Ved. Cassazione Napoli, 20 decembre 1882 (*Annali*, XVII, I, 1, 98) e Cassazione stessa, 26 giugno 1886 (*ibid.*, XX, I, 1, 525).

si risolve in una negligenza nel proseguire la lite. Non bisogna poi confondere la questione intorno al punto se la perenzione siasi o no compiuta rispetto a una parte della lite (che è ciò che rientra nel nostro tema), e l'altra se la perenzione, che si concordi verificata per tutta intiera la lite, sia stata opposta, e se sia quindi o no dichiarabile dal giudice; nel caso speciale, cioè, di un appellante per incidente che oppone all'appellante principale la perenzione dell'appello, potrà dirsi che sia stata apposta anche la perenzione dello stesso appello incidente? La questione ha ben poca importanza per questi nostri studi: notiamo però che, sempre nel concetto che la perenzione estingua tutta la lite, non sappiamo come si possa scindere la domanda con la quale costui chiede sia dichiarata la perenzione: le parole non possono cambiare la realtà delle cose, e siccome secondo noi, ripetiamo, tutta la lite è colpita quando perenzione si verifica, così, chi la eccepisce, verrà col fatto, per quanto le parole siano diverse, a chiedere si dichiari perenta tutta la lite: libera la parte di non valersi dell'istituto della perenzione, ma non anche, quando se ne vale, di foggiarlo nel modo che le torni più utile.

Ma non è solamente fra azione e azione svolgentisi nella stessa lite che si possono vedere tenuti distinti gli effetti della perenzione: abbiamo trovata in una decisione della Cassazione di Torino (1) ammessa una simil cosa per fino rispetto a un giudizio incidentale messo in rapporto al resto del giudizio. Ivi si sostiene (e di questo concetto si ha cenno anche in qualche altra decisione) che, perentosi il giudizio d'appello da una sentenza incidentale, la perenzione del resto del giudizio non avviene che dopo un nuovo periodo di abbandono della lite il quale muoverebbe dal mo-

(1) Ved. decisione 18 aprile 1883 (*Annali*, XVII, I, 1, 117).

mento della perenzione accennata: ciò per la speciosa ragione che, fino a che pendeva l'appello dalla sentenza incidentale, non poteva proseguire il resto del giudizio; ora, partendo al solito dal concetto dell'unicità della lite, nessuno addebita, in quel caso, all'appellante dalla sentenza incidentale di avere abbandonata la lite col non proseguire la parte principale della sua istanza fino a che l'incidente non fu risoluto; ciò che gli si rimprovera è di avere abbandonata la lite stessa con l'abbandonare quel giudizio incidente mediante il quale, in quel momento, si svolgeva la lite. (1)

B) **a) 31.** In rapporto alla perenzione che si verifichi in un giudizio di opposizione, d'appello o di rivocazione sostengono taluni (2) una teoria media veramente strana: ammettono essi, ed in questo senso combattono insieme a noi, che una sentenza incidentale non impedisce che si perima la parte di procedura che la precede, ma aggiungono però che, se non potrà più proseguirsi la causa davanti allo stesso magistrato, sarà concesso riproporre l'istanza dinanzi ai primi giudici, ed ivi far valere la sentenza incidentale pronunziata in uno dei detti giudizi. Basterà, per ribattere simile teoria, rilevare che effetto della perenzione in simili giudizi nei quali pur siasi avuta una sentenza incidentale, è il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, il che potrà secondo noi,

(1) Nel senso della divisibilità della perenzione in giudizio di appello ved. anche l'autore e la decisione citati dal Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. III, n. 981, nota 2.

(2) Ved. De Simonis nel *Giornale delle Leggi*, 1878, 316; Scotti nel *Giornale* stesso, 1879, 209, il quale accenna a condividere l'opinione del De Simonis; Corte d'appello di Genova, 13 novembre 1875 (*Giornale dei Tribunali*, 1876, 14); Corte d'appello di Torino, 27 luglio 1881 (*Giurisp.*, 1882, 35); Cassazione di Torino, 9 settembre 1882 (*Cassazione*, 1882, II, 152). Vi viene accennato dalla Cassazione di Torino anche nella decisione 15 decembre 1883 (*Giurisp. Ital.*, 1884, I, 1, 471).

(come ora diremo) non togliere la possibilità di aversi ancora un giudizio di rivocazione, al pari che un giudizio di opposizione del terzo, ma impedirà sempre un ritorno davanti ai primi giudici: eppoi, indipendentemente anche da quanto riflette l'istituto della perenzione, ci sembra che quella teorica vada assolutamente contro a tutti i principî del Diritto giudiziario. (1) — Che se si volesse dire, che, pur verificandosi la perenzione del nuovo giudizio, la sentenza impugnata non passa in giudicato, si cadrebbe nell'assurdo dell'aversi appunto una sentenza definitiva che non passa in giudicato ma che non potrebbe essere nè confermata nè riformata in quanto la perenzione del nuovo giudizio, che si concorda avvenuta, impedirebbe di proseguire la lite mediante l'esperimento di un nuovo gravame. Senza dire poi che (secondo abbiamo visto) non è punto ammissibile che una sentenza incidentale impedisca il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

Anche con tutti coloro però che riconoscono il principio del passaggio in giudicato della sentenza impugnata per effetto della perenzione del giudizio di opposizione, di appello o di rivocazione, ci troviamo in disaccordo sopra un punto. Dicono essi (2) che, perimendosi il giudizio di appello o di rivocazione, la sentenza passa in giudicato e non si potrà più rinnovare l'appello o la domanda di rivocazione.

Quanto al non potersi rinnovare l'appello niun dubbio su tutto ciò. E anche per la rivocazione non è discutibile che, effetto della perenzione del giudizio di rivocazione, sia il passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Ma questo pas-

(1) Ved. quel che il Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. III, pag. 777, nota 1, dice contro questa teorica; e il Ricci che del pari ampiamente la combatte nel *Giornale delle Leggi*, 1878, 370: ved. anche Cassazione Torino, 23 giugno 1875 (*Giurisprudenza*, XII, 656.)

(2) Ved. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. III, nn. 951, 952.

saggio in giudicato porterà effetti maggiori di quelli che portò il passaggio in giudicato che siasi compiuto (1) rispetto alla sentenza poi impugnata col detto mezzo? Come allora, l'avere la parte in causa esercitato o non poter più esercitare gli altri mezzi che quello di rivocazione non siano, non le impedì di esercitare il mezzo stesso, l'avere sperimentato il mezzo della rivocazione ed esser poi questo venuto meno le impedirà che sperimenti un altro consimile mezzo? È in fatti notissimo che, non solo l'esperimento di un mezzo d'impugnazione non toglie di per sè che si abbia ancora la possibilità giuridica di sperimentare dei mezzi d'altro genere, ma che neppure, nel modo stesso, l'avere sperimentato un mezzo, o il non poterlo più esercitare, fa venir meno la esperibilità di altri mezzi del genere stesso che, per ragioni di termini o altri ostacoli legali, siano ancora esperibili; p. e., per la rinunzia alla lite, il solo fatto di rinunziare all'atto col quale si era impugnata la sentenza non toglie di poter rinnovare l'atto stesso e così spiegare nuovamente il mezzo d'impugnazione sperimentato. (2) — Per parte nostra abbiamo a suo luogo (ved. § 18 ed ivi nota a pag. 103) già detto come l'aver lasciato perimere un giudizio di rivocazione non fa venir meno la possibilità di sperimentare nuovamente lo stesso mezzo, e altrettanto per la rivocazione dopo la perenzione dell'appello; e la ragione di affermare una tal cosa la riponemmo nel fatto che la possibilità di un giudizio

(1) Anzi, secondo l'opinione che par prevalente, e secondo anche il Mattirolo (vedi più innanzi § 47), la rivocazione si eserciterebbe sempre contro sentenze passate in giudicato: il mezzo stesso in fatti per l'art. 494 cod. proc. civ. non si ha che contro le sentenze in contradittorio e in grado d'appello, o almeno non più impugnabili con questi mezzi (art. 495), e la possibilità di esperimento dei mezzi *straordinari*, quello della cassazione compreso, non impedisce, secondo l'opinione stessa, il passaggio in giudicato della sentenza.

(2) Ved. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. III, n. 1011.

di rivocazione non fa sì che la lite rimanga pendente, e quindi, come, per quanto lungo sia stato il periodo di inerzia fra la sentenza e il momento in cui il gravame è spiegato, non viene meno per ciò solo il sotto-diritto a gravarsi della sentenza stessa col mezzo della rivocazione o con quello dell'opposizione del terzo, o anche (per coloro che ritengono non essere un tal mezzo d'impedimento al passaggio in giudicato della sentenza impugnabile) con l'altro della cassazione, così non sapremmo perchè si dovesse dire diversamente per il sotto-diritto a impugnare col mezzo predetto della rivocazione la sentenza passata in giudicato stante la perenzione del giudizio di appello o di rivocazione.

Forse l'illustre Mattirolo fu tratto in errore (almeno a noi pare così) dal fatto che, mentre parlava di *passaggio in giudicato* della sentenza impugnata in via d'appello o di rivocazione, non pose poi mente al differente effetto che il passaggio in giudicato opera di fronte al mezzo della rivocazione o dell'opposizione del terzo, (e anche della cassazione secondo lui) e di fronte a tutti gli altri mezzi. — O forse lo ingannò (se inganno vi fu) la considerazione di quella rinunzia implicita che si vede nell'abbandono del giudizio inducente perenzione: quanto al fatto della rinunzia facile però ci sembra il rilevare che il legislatore non vede nell'abbandono stesso una rinunzia alla lite se non in quanto, il non stabilire questa implicita rinunzia alla lite, porterebbe che si avesse per troppo lungo tempo pendente una lite; ora è pacifico che la possibilità di un attacco mediante il mezzo della rivocazione non produce pendenza di lite. Ed anche, se i confini, per dir così, della rinunzia presunta in parola non fossero determinati dalla legge in correlazione al criterio anzidetto, ma si trattasse di una pura e semplice rinunzia, la rinunzia a un gravame, quando non equivalga a una ac-

cettazione della sentenza, non implica, come si è visto, rinunzia a sperimentare di nuovo un altro mezzo d'impugnazione simile a quello cui siasi rinunziato o altro diverso. Nel caso della perenzione, e supposto si tratti di nuove ragioni di rivocazione, bisognerebbe per di più supporre nullameno che accettazione della sentenza di fronte a vizi di cui, nella massima parte dei casi, non era a quel momento possibile conoscere la esistenza. Nell'ipotesi di perenzione di un giudizio di opposizione del terzo il Mattirolo ammette, come tutti ammettono, che la rinunzia alla lite implicita nell'inerzia producente la perenzione non sia d'impedimento ad esperimentare nuovamente il mezzo stesso d'impugnazione: perchè non dire una cosa analoga rispetto al mezzo della rivocazione? — Occorre poi appena accennare le conseguenze enormi cui si giungerebbe ammettendo che, anche venendosi a manifestare nuovi motivi di rivocazione, non fosse possibile di farli valere in giudizio.

32. Circa il caso speciale di perenzione del giudizio di opposizione messo in rapporto al diritto di impugnare la sentenza cui si era fatta opposizione, il Mattirolo (naturalmente non nella ipotesi che, non ostante la perenzione, il giudizio abbia avuto il suo termine, chè allora sarebbe questione di impugnare la nuova sentenza e non quella impugnata col detto mezzo) così si esprime nel suo *Diritt. giudiz.*, ediz. 3ª, vol. III, n. 976 e 977: « Il Napodamo (*Archivio giuridico*, IX, p. 185-186) « e il Gargiulo (*Comm.*, sull'art. 341, nota 6ª, ediz. 2ª) di- « cono che gli effetti della perenzione nel giudizio di oppo- « sizione sono *identici* a quelli della perenzione nel giudizio « d'appello o di rivocazione ». Ciò è vero, seguita il detto autore, se l'opposizione è diretta contro una sentenza *inappellabile*, oppure « contro *sentenza appellabile e che fu re-* « *golarmente notificata al contumace* perchè in tal caso il « termine utile per l'appello è scaduto quando si compie la

« perenzione del giudizio di opposizione ». Non è lo stesso se, essendo appellabile, non gli è stata notificata. « Il contumace « aveva due mezzi contro la sentenza: la *opposizione* e l'*ap-* « *pello*: il fare opposizione non implica rinunzia ad appellare « (argom. a contr. dall'art. 481 ult. capov. cod. proc. civ.). « Chi lascia perimere il giudizio di opposizione da lui intro- « dotto manifesta la sua intenzione di rinunziare al rimedio « da lui proposto nel giudizio estintosi per tacito abbandono, « ma non quella di rinunziare del pari al rimedio dell'ap- « pello che ancora gli competa ». — Noi (lo si rileverà solo riflettendo ai principî fin qui sostenuti, e del resto, lo abbiamo affermato a suo tempo) non possiamo condividere l'opinione del Mattirolo. — Mettiamo da parte quanto riflette il non potersi altrimenti appellare in forza di decorrenza di termini chè tutto questo è estraneo allo istituto della perenzione; ma, considerata la questione anche unicamente di fronte a tale istituto, noi non crediamo che, chi ha fatta opposizione alla sentenza contumaciale e ha lasciato perimere l'opposizione, possa poi appellare dalla sentenza impugnata. Base del ragionamento del Mattirolo è che « chi lascia perimere « il giudizio di opposizione da lui introdotto » manifesta solamente « la sua intenzione di rinunziare al rimedio da lui pro- « posto nel giudizio estintosi per tacito abbandono ». Ma noi appunto contestiamo che l'opponente che lascia perimere l'opposizione rinunzi tacitamente soltanto alll'opposizione stessa: quando rinunzia *espressamente* potrà rinunziare a questo e non a quel giudizio, non cioè alla intiera lite, ma la rinunzia tacita, implicita, *ope legis*, nel fatto di lasciare che si verifichi la perenzione, è dalla legge interpretata come rinunzia alla *lite*, sicchè, se questa era in grado ulteriore il far accadere la perenzione implica rinunzia a tutti quei mezzi, fra i quali è l'appello, l'esperimento dei quali impedirebbe che la sentenza impugnata

passi in giudicato. — E poi, indipendentemente dal fatto che la perenzione che si verifichi in un giudizio di opposizione colpisca o no il sotto-diritto a gravarsi in via d'appello della sentenza impugnata, pare a noi che in questo caso, come sempre quando siamo di fronte a due parti della stessa lite (ved. il § 6), se anche si potessero quelle parti di lite considerare come non fossero tali, e quindi l'una come non passibile di quella estinzione che in realtà, per una cagione loro comune, le colpisce ambedue, dato pur questo, dicevasi, la potestà di appellare dalla sentenza impugnata con la opposizione verrebbe quasi sempre, allorchè si perime il giudizio d'opposizione, a perimersi essa pure anche in quanto decorso rispetto al gravame stesso il termine di perenzione. In fatti, meno il caso che l'opposizione siasi perenta per la perenzione speciale ai giudizi contumaciali, essendosi, quando si verifica la perenzione del giudizio d'opposizione, avuto un abbandono ultra triennale del giudizio, lo sperimento del mezzo dell'appello che si volesse poi compiere non potrebbe avvenire se non dopo quel decorso dei tre anni che di per sè porta la perenzione dei gravami dell'opposizione, appello o cassazione. Il caso ci pare perfettamente analogo a quello che si avrebbe, ove, pronunziatasi una sentenza e non compiuto poscia per tre anni alcun atto, si disputasse poi se si è perento l'uno piuttosto che l'altro degli accennati mezzi di impugnare le sentenze. — Dunque, ripetiamo, noi non possiamo condividere l'opinione del Mattirolo, e accettiamo invece, limitatamente alla tesi ora detta e alle ragioni con le quali l'abbiamo sostenuta, l'affermazione del Napodamo (*loc. cit.*) e del Gargiulo (*loc. cit.*) (oltre che del Pisanelli parimente citato dal Mattirolo) per la quale gli effetti della perenzione nel giudizio d'opposizione sono identici a quelli della perenzione nel giudizio d'appello.

b) **33.** Intorno alla perenzione che si verifichi in un giudizio d'opposizione del terzo dice il Mattirolo (*loc. cit.*, vol. III, numeri 978 e 979) che, nel caso stesso, la perenzione di uno di questi giudizi non produrrà l'effetto di far passare in giudicato la sentenza impugnata, ammenochè si tratti di opposizione del terzo *necessaria*. Non abbiamo bisogno di dire, dopo quanto abbiamo rilevato in fine del § 25, che non ci sembra esatto il far questa eccezione, giacchè, anche nell'ipotesi accennata, la perenzione del giudizio di opposizione del terzo sarà, del passaggio in giudicato della sentenza impugnata, soltanto la causa occasionale permettente alla vera causa, la decorrenza del termine, di agire e produrre il detto effetto.

II *A*) **34.** Passiamo ora a parlare del secondo gruppo di teoriche, di quelle cioè che in modo veramente essenziale discordano con i principî da noi propugnati.

È per noi verità che se in questa materia, come in tante altre proprie parimente al Diritto giudiziario, si sono elevati tanti dubbi, si sono manifestati tanti pareri diversi, che, a voler raccogliere quanto, magari soltanto dalla pubblicazione dei codici in poi, è stato scritto e deciso in Italia sugli effetti della perenzione, ci sarebbe da farne parecchi volumi, lo si deve al fatto che, in tutto quanto concerne il Diritto giudiziario, si è, specialmente in passato, proceduto quasi sempre con un vero empirismo degno appena di servire ai bisogni di una pratica punto illuminata; oppure con criteri scientifici che risentivano della casistica dalla quale erano nati e appena si distinguevano, o, peggio ancora, dell'essere stati presi a prestito alla meglio da altre parti del Diritto. Nell'esame che intraprendiamo delle teorie accennate avremo di ciò ampia riprova e ci spiegheremo in tal guisa come possa essere avvenuto che scrittori insigni abbiano seguite

delle teorie quali vedremo essere quelle di cui si tratta. Tutto in fatti è dipeso da ciò che, cominciando dalla Francia, e venendo giù fino a noi, si sono avute, e per molti si hanno ancora, idee confusissime intorno a quell'istituto della perenzione che pure è di per sè semplicissimo. E questa confusione di idee basterebbe a attestarla il fatto che tutti i codici, il nostro compreso, hanno sentito il bisogno di dichiarare espressamente che la perenzione del giudizio non porta quella dell'azione: il che naturalmente presuppone che chi è chiamato ad applicare la legge possa nullameno che fare una cosa sola della *perenzione* e della *prescrizione*.

a) 35. Con simili idee in forza delle quali la perenzione veniva in antico (1) ad essere per i più una specie di falce distruggitrice di quanto le capita sotto, era naturale si ritenesse che, ogni qualvolta cade il giudizio in forza della perenzione, il perimersi del giudizio debba, così come avverrebbe ove il giudizio fosse tutto colpito da un'altra nullità qualsiasi, far venir meno ogni effetto giuridico anche a ciò che, pur prodotto dal giudizio e in questo rientrante a farne parte, non ha meno possibilità di esistenza separata dal resto del giudizio, e che, mentre non è direttamente colpito dalla perenzione, non lo è neppure in conseguenza del fatto dell'essere colpita la procedura: intendiamo naturalmente parlare delle prove e delle sentenze. (2)

(1) Giustizia vuole però si noti che nel diritto francese anteriore al cod. di proc. civile si riteneva che la perenzione non colpisse le prove: *probata remanent*, dicevasi: ved. Reynaud, *Tratt. della perenzione*, (trad. di Palermo, 1842), n. 122, pag. 162, e Mélenet ivi cit; Carrè, *Leggi della proced. civ.*, (Napoli, 1861) vol. III, n. 1451.

(2) Questa teoria più o meno esplicitamente è accolta da quanti sostengono che la sentenza impedisce la perenzione della parte di procedura a lei precedente. Ved. p. e. Cassaz. Torino, 6 maggio 1879 (*Annali*, XIII, I, 1, 388); e, fra gli autori, Gargiulo, *Comm. al codice di proc. civ.*, (ediz. Napoli, 1877)

Se non ci inganniamo simile teoria basta enunziarla perchè si veda non potere essere accettata.

I nostri avversari ci addebitano (1) che, volendo escludere la teoria stessa, noi, mentre non possiamo non ammettere che la legge salva gli *effetti delle sentenze*, siamo poi costretti a sostenere dei principî che implicano siano colpite le *sentenze*: (2) No, noi non disgiungiamo gli effetti di un atto dall'atto stesso (e come farlo quando il valore giuridico di un atto si estrinseca tutto negli effetti suoi!), ma il dire, come diciamo, che cade il procedimento anche nella parte precedente la sentenza, non implica punto che cada del pari la sentenza. Questo abbiamo dimostrato a suo luogo (ved. il § 7) e siccome gli avversari nostri affermano quella inscindibilità della procedura dalle sentenze, ma nessun argomento (che sappiam noi) adducono a sostegno di questa tesi, nulla per parte nostra abbiamo qui da aggiungere. Solamente rileviamo la contradizione di cui già abbiamo fatto cenno (ved. qui sotto, in fine della nota 2 alla pag. preced.), quella cioè in cui cadono i nostri avversari quando presuppongono che la

vol. II, sull'art. 341, il quale dice che questo articolo deve riguardare la parte di procedura posteriore alla pronunzia, giacchè altrimenti « si avrebbe l'as« surdo che, mentre per effetto della perenzione è nulla la citazione o l'atto « d'appello, sussisterebbero la sentenze e le pruove raccolte; sarebbe lo stesso « che dare effetto ad atti e pronunzie senza fondamento » Affermazione questa, non fosse altro, poco compatibile col fatto che, nè l'autore stesso, nè altri, neghi che le prove non sono colpite dalla perenzione e che le prove stesse di per loro medesime non impediscono la perenzione della procedura che le precede.

(1) Ved. p, e. la decisione della Cassaz. di Firenze del 20 maggio 1886 (*Annali*, XX, I, 1, 219.)

(2) È vero per altro che taluni fra coloro i quali giungono alle nostre conclusioni affermano appunto, non sapremmo a quale scopo, che non si perimono gli effetti delle sentenze, ma si perimono però le sentenze. Ved. Cassaz. Napoli, 15 gennaio 1880 (*Annali*, XIV, I, 1, 251); idem, 17 novembre 1878 (*ibid.*, XIII, I, 1, 156); Cassaz. Torino, 30 agosto 1882 (*Giurisprud. Ital.*, 1882, I, 1, 594.)

perenzione della procedura precedente a una sentenza faccia cadere la sentenza stessa e non ripetono simil cosa per le prove.

b) 36. Se, come dicevamo, è naturale venisse ritenuto che la perenzione della procedura porti l'annullamento delle prove e delle sentenze, è pur naturale che, secondo avviene ogni qualvolta si crede dovere stabilire un principio di diritto le cui pratiche applicazioni ripugnano al senso giuridico, la scienza tendesse a scalzare, fino a distruggerlo, il principio medesimo. Ammesso però che la perenzione della procedura facesse cadere e prove e sentenze, ed essendo impossibile trovare fuori di questo istituto un qualche principio che si interponesse, direm così, fra le prove e la sentenza da un lato, e la perenzione della procedura dall'altro, e le salvasse dagli effetti che questa, secondo le idee generalmente accolte, produceva sulle prime, non restava (e così appunto fecero in Francia) che cercare un altro principio pel quale, ogni qual volta si avessero prove raccolte o sentenze pronunziate, si escludesse l'esistenza della perenzione almeno rispetto alla parte di procedura precedente alle sentenze e prove medesime.

Per le prove non crediamo fossero riusciti a trovarlo, e solo qualche autore sostenne doversi salvare «..... per lo « meno .... le confessioni, dichiarazioni e giuramenti fatti in « giudizio »; e ciò per la strana ragione che siccome, secondo loro, il cod. di proc. civ. francese non colpiva di perenzione le sentenze definitive, e, sempre secondo loro, una sentenza che ordini una delle dette prove ha carattere di definitiva, così, dicono essi « noi consideriamo l'atto ordinato dal tri- « bunale, come una sentenza definitiva acquistata alla parte, « ed applichiamo in tal caso la soluzione di sopra relativa « alle sentenze provvisorie » (Carrè, tom. 2, p. 35, parte prima, e Dalloz, voc.° *Perenzione* pag. 202, § 2, citati in Reynaud, *loc. cit.*, e da lui combattuti). Ma, del rimanente,

quanto alle prove, ben presto, come vedremo a suo luogo, fu la legge stessa che limitò ai casi meno gravi la applicabilità del principio dell'annullamento delle prove per effetto della perenzione.

Per le sentenze parimente, coloro i quali non credevano rigettare il principio della loro perimibilità, o perchè lo ritenessero scientificamente esatto, o perchè lo riguardassero come fatto suo dalla legge, si ingegnarono di limitarne l'applicazione. Vediamo ora in qual modo raggiunsero l'intento loro.

Abbiamo avuta occasione di notare incidentalmente la confusione introdottasi fra l'istituto della perenzione e quello della prescrizione; fu in forza di ciò che si potè dire: se la sentenza salva dalla prescrizione (fino al decorrere di un nuovo termine) la azione, nello stesso modo la sentenza, in quanto esaurisca l'istanza, deve salvar questa dagli effetti della perenzione; dunque, ne conclusero, la sentenza definitiva, o quella parte per cui è definitiva, salva dalla perenzione il giudizio o la parte di giudizio concernente quella porzione del merito che fu dalla sentenza deciso, (1) e così viene a eliminare ciò che sarebbe cagione del cadere di lei stessa.

Questa teoria, al pari della precedente a elidere gli effetti della quale questa seconda è destinata, passò, dalla Francia ove nacque, in Italia, e fu da moltissimi accolta.

Anche per questa teoria, da quelle stesse cose che abbiamo dette esponendo la nostra teorica, risulterebbero le ragioni

(1) Fra i sostenitori della precedente teoria e di quella di cui andiamo dicendo, ma limitatamente però, quanto a questa ultima, alle sentenze definitive, ved. Reynaud, *Trattato della perenzione* (trad. di Palermo, 1842) pag. 16, n. 7, (ed ivi cit. Dalloz, *Giuris. gen.*, voc. *Perenzione*, n. 9, e segg.) e pag. 169 n. 125 (e ivi cit., Merlin, *Répert*, tom. 17, p. 342, n. 2); Carrè, *Leggi della proc. civ.*, (trad. di Napoli, 1861) tom. III, n. 1451, ed ivi citati Pothier, Lange, Menelet, Duparc, Poullain e giurisprudenza.

per le quali la rigettiamo. Pure sarà bene esporre queste ragioni.

L'affermare che la sentenza salva l'azione, per tutto il tempo scorso il quale (direm così) essa medesima sarebbe colpita da prescrizione, dagli effetti di questa, è un modo di esprimersi equivalente a quello, che il termine di prescrizione incominciato non continua a decorrere dopo la sentenza, ma invece, una volta consacrato nella sentenza il diritto dedotto in lite, incomincia per questo un nuovo termine (uguale o più lungo di quello che era in corso), quasi il diritto stesso fosse, in senso assoluto, un nuovo diritto sorgente dalla sentenza. (1) — Ciò che diciamo, e diranno con noi i nostri avversari, per la sentenza in rapporto alla prescrizione, ripetiamolo pure per la sentenza in rapporto alla perenzione. Si dica dunque che, avutasi una sentenza definitiva, il fatto che fosse in corso il termine per la perenzione viene, come in realtà accade per la ragione che accenneremo, a perdere ogni valore, e che sarà solamente dalla sentenza stessa, che, per la istanza che si svolga dopo la pronunzia della sentenza, incomincerà un nuovo termine per la perenzione della istanza medesima.

Ma non è soltanto in questo senso che i nostri avversari parlano dell'efficacia delle sentenze definitive a impedire la perenzione; essi, e sempre con loro gli altri i quali concordano con noi nelle conseguenze ultime, affermano addirittura, come si è detto, che data una sentenza definitiva

(1) Questa nostra affermazione, è, come si rileverà facilmente, molto differente da quella dei nostri avversari, che la sentenza implichi una *novazione* dell'azione e del diritto da lei tutelato (Ved. su ciò Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, ediz. 3ª, vol. V, n. 5). Altro è il dire che la sentenza fa sorgere delle nuove sotto-azioni proprie all'azione giudicata (p. e. quella *esecutiva* della sentenza), e così indirettamente porta un'innovazione al diritto da questa azione tutelato, altro che fa sorgere una azione e un diritto totalmente nuovi; nel primo caso

non può parlarsi di perenzione dell' istanza: affermazione che sarebbe esatta quando con simili parole volesse soltanto significarsi quanto giustifica quel che poco sopra abbiamo consentito, cioè che, terminata la lite, o magari anche un determinato giudizio, la lite o il giudizio non possono più perimersi; ma questo sarebbe come chi dicesse che un uomo morto non è più soggetto a morire, e non è certamente una tal cosa (che pure è la vera ragione del fatto accennato) ciò che i nostri avversari vogliono affermare. Essi intendono esprimere, per usare le loro stesse parole, che, sempre analogamente a quanto avverrebbe nel caso di prescrizione, la sentenza definitiva, consumando l' istanza la quale si trasmuta in quell'*actio judicati* che (dicon loro) non è soggetta a perenzione, la istanza verrà, ogni qualvolta si abbia una sentenza definitiva che, per dir così, le faccia scudo, ad essere salva dalla perenzione: essi, in altre parole, non distinguono fra la istanza che potrebbe svolgersi in base alla sentenza definitiva, e quella già svoltasi e che ha messo capo alla sentenza medesima; e così non si limitano a dire che la perenzione che era in corso rispetto alla istanza ormai consumata non ha più modo di compiersi sopra la istanza stessa, nè continua e si compie in danno della nuova, ma vengono ad affermare che, della perenzione già compiuta in danno della istanza consumata, non può parlarsi quando è stata pronunziata la sentenza definitiva. — Con-

si ha modificazione dell'azione e del diritto, nel secondo estinzione. Soltanto quindi correlativamente a un tal concetto diremo coi nostri avversari che la sentenza definitiva *consuma* l'azione, e parleremo di una nuova azione e di un nuovo diritto che si sostituiscono respettivamente alla azione e al diritto correlativo su cui è stato dalla sentenza giudicato. È poi inutile il dire che tanto meno implicherà estinzione del diritto di cui è stata riconosciuta la esistenza il fatto che questo riconoscimento faccia sorgere un altro diritto (p. e. il diritto d'ipoteca giudiziale) che a quello si aggiunge.

testiamo, e il perchè lo abbiamo detto (ved. il § 9), che cadendo, come appunto ora vedremo che avviene, la istanza che porta alla sentenza, siano salve quelle *actiones judicati* il cui esercizio mediante l'istanza si tradurrebbe in una continuazione della lite; per noi in fatti sta invece che desse sono colpite, così come lo sono le *actiones judicati* in generale quando, avanti il giudizio, si è verificata la prescrizione dell'azione esercitata mediante quel giudizio. Ma, qualunque cosa si potesse pensare in proposito, non intendiamo come e perchè, quando a ciò non si oppongano delle ragioni a noi ignote, la perenzione non potesse rispettare le sotto-azioni tutte che sorgono dalla sentenza, così come, secondo noi, rispetta quelle l'esistere delle quali non implica pendenza di lite, e aver colpito invece quella sotto-azione, e istanza relativa, il cui svolgimento ha fatto sorgere la sentenza: la sentenza, se così vogliamo esprimerci seguendo il concetto degli avversari, sarà scudo (supposto, quanto a ciò che non verrebbe a formare continuazione della lite, non fosse salvo di per sè stesso) per le sotto-azioni che nascono da lei, non per quella sotto-azione che è nata ed è morta prima della sentenza stessa. Nè il fatto che la sotto-azione e istanza relativa spiegata in giudizio sia venuta ad estinguersi col raggiungimento dell'oggetto suo — la cognizione per parte del magistrato, — esclude punto che, prima della morte sua, fosse colpita dalla perenzione: anche nel caso analogo in ipotesi di prescrizione si ha (per seguitare il frasario degli avversari) un'azione che si consuma con la sentenza, abbiamo una nuova azione che nasce dal giudicato (1) e per la quale comincia un nuovo termine di prescrizione, ma non per questo avviene meno talvolta che, prima ancora del giudizio,

(1) Sul significato di tali espressioni ved. però la nota alla pag. 129.

l'azione spiegata nel giudizio stesso, fosse prescritta e tale continui ad essere anche dopo che a lei se ne è sostituita un'altra per la quale allora soltanto comincia il corso della prescrizione.

I nostri avversari parlando della sentenza definitiva del merito pare intendano alludere alla sentenza definitiva di tutto il merito: ci immaginiamo però che, quanto dicono per questo caso, affermino pure, con le debite differenze, rispetto a quel capo di una sentenza che decida definitivamente una parte della lite. E naturalmente quanto abbiamo detto per la sentenza definitiva di tutto il merito e per il relativo giudizio che l'ha preceduta, ripetiamo per quella decidente parte del merito e per la relativa parte di giudizio. — Ci occorre per altro fare una osservazione speciale: cioè che, anche ammessa la teoria che combattiamo, non sapremmo vedere perchè la sentenza che ha deciso definitivamente sopra una delle domande debba essere scudo contro la perenzione anche per quelle altre per le quali decisione definitiva non si è avuta nè per conseguenza si potrebbe parlare di novazione giudiziale.

Coloro che sostengono la teoria ora combattuta, e quella precedente per la quale la perenzione della procedura porterebbe perenzione delle sentenze, dovrebbero essere tratti alla conclusione che tutte le sentenze non definitive cadono in perenzione. E in realtà p. e. la Cassazione di Napoli, 17 novembre 1878 (*Annali*, XIII, I, 1, 156), e la Cassazione di Torino, 23 marzo 1881 (*ibid.*, XV, I, 1, 206) e 30 agosto 1882 (*Giurispr. Ital.*, 1882, I, 1, 594) le quali, concordando con noi, ammettono che la sentenza incidentale non salvi la procedura precedente, credono sostenere un tale assunto col dire, che mentre, secondo loro, le sentenze definitive salvano se stesse e la procedura precedente, quelle incidentali invece (sia pure ammit-

tenti p. e. una prova) non salvano la procedura stessa, e così (secondo il concetto loro) vengono a dover perimersi esse medesime. (1) Deduzione questa che, essendo erronea (ved. specialmente il § 8) quanto necessaria, dimostra l'erroneità delle premesse.

37. Parecchi fra i nostri avversari (2) fecero ancora un passo, e, per quanto, come ora si vedrà, il criterio su cui si basa la loro teoria, venga meno ove si tratti di sentenze non definitive, vollero applicare la teoria per la quale la sentenza impedirebbe la perenzione, anche al caso di sentenze incidentali, e dissero che non si perime la parte di istanza, e relativa procedura, anteriore alle sentenze stesse; sì però la parte susseguente, e questa, naturalmente, può essere rinnuovata.

Intorno a simile applicazione che, della teoria in discorso, si fa al caso di sentenze incidentali, rileveremo: — 1.° Che questa teoria ha contro di se tutti coloro che hanno soste-

(1) Le sentenze stesse però, per non andare contro alla legge che nettamente dichiara voler salvi gli effetti delle sentenze, distinguono le *sentenze* dagli *effetti* loro e dicono che, se si perimono tutte le sentenze non definitive, non è altrettanto però per gli effetti delle medesime (citata decisione della Cassaz. di Napoli e di Torino 30 agosto 1882): oppure che le sentenze i cui effetti l'art. 341 vuol salvi, sono soltanto quelle definitive (cit. decis. della Cassaz. di Torino del 23 marzo 1881, e del 30 agosto 1882).

(2) Ved. Mancini, Pisanelli e Scialoja, *Comm. al Cod. di proc. civ. per gli Stati Sardi* (Torino 1861), vol. III, n. DCCLXXXVII; Gargiulo, *Comm. al Cod. di proc. civ. ital.*, (Napoli, 1877) vol. II, sull'art. 341; Ricci, *Comm. al Cod. di proc. civ.*, vol. I, n. 573 pag. 323, e n. 577, e monograf. nel *Giornale delle Leggi*, 1878, p. 113, 281 e 370; Saredo, *Istituz. di proc. civ.*, vol. I, n. 598, p. 577; Borsari, *Cod. ital. di proc. civ.*, (3ª ediz.) parte I, pag. 446 e 466; Perenzoni, monograf. nell'*Archivio giuridico*, vol. XXXV, p. 478. E, fra le decisioni: CASSAZ. TORINO, 15 settembre 1866 (*Giurisprudenza*, 1866, 470); 30 dicembre 1867 (*ibid.*, V, 215); 29 luglio 1870 (*Annali*, V, I, 1, 286); 23 giugno 1875 (*Giurisprudenza*, 1875, 656); 19 luglio 1877 (*ibid.*, 1878, 11); 20 luglio 1877 (*ibid.*, 1877, 562); 14 febbraio 1879 (*Annali*, XIII, I, 1, 179); 6 maggio

nuto la teoria stessa unicamente in rapporto alle sentenze definitive. — 2.° Che non sappiamo come possa parlarsi di consumazione dell'istanza, e conseguente analogia col caso della prescrizione, qui ove trattasi di sentenze concernenti una parte soltanto dell'istanza, quella che riguarda l'esistenza della sotto-azione e minimamente quanto riflette l'esistenza del diritto, cosa quest'ultima su cui non vertono che le sentenze definitive. Differenza questa, la quale, come poco sopra accennavamo, fa sì che, per applicare la teoria della consumazione al caso di sentenze incidentali, bisogni addirittura dimenticare il principio che informa la teoria stessa. — 3.° Che questa applicazione della teoria della consumazione dell'istanza (e ciò diciamo non solo ove sia il caso di questa teoria, ma per tutte le altre le quali conducano parimente a che debba dirsi perenta una parte soltanto del giudizio) va ad urtare direttamente contro quello che è principio fondamentale nell'istituto della perenzione, e che parrebbe dovesse essere inconcusso: il principio cioè che, ogni qualvolta si verifica la perenzione della lite, questa deve finire, la pendenza di lite non aversi altrimenti. La violazione del qual prin-

1879 (*ibid.*, XIII, I, 1, 388); 30 dicembre 1879 (*Giurisprudenza*, 1880, 115); 15 marzo 1881 (*ibid.*, 1881, 397); 4 maggio 1882 (*Monit. dei Tribunali*, 1882, 779); 6 luglio 1882 (*Cassazione*, II, 361); 26 maggio 1884 (*Monit. Tribunali*, 1886, 325); Cassaz. Napoli, 27 febbraio 1869 (*Annali*, III, I, 163); 30 aprile 1870 (*Gazz. procur.*, V, 185); 12 maggio 1870 (*ibid.*, V, 197); 18 maggio 1872 (*ibid.*, VII, 269); 27 luglio 1872 (*ibid.*, VII, 400); 5 gennaio 1873 (*ibid.*, X, 9); Appello Napoli, 13 febbraio 1871 (*Annali*, V, II, 289); Cassaz. Roma, 4 giugno 1879 (*Corte Suprema*, 1879, 553); 7 gennaio 1882 (*Fôro*, VII, 706); 25 giugno 1882 (*Temi Romana*, 1882, 11); 18 luglio 1882 (*Annali*, XVII, I, 1, 42); Cassaz. Firenze, 15 giugno 1885 (*Temi Veneta*, X, 371); 20 maggio 1886 (*Annali*, XX, I, 1, 219); (ved. però decisione da noi citata nella nota a pag. 107); Appello Venezia, 4 ottobre 1877 (*Giurisprud. Ital.*, 1877, 909); Cassaz. Palermo, 5 maggio 1870 (*Annali* VI, I, 1, 167); 5 marzo 1881 (*Legge*, 1882, I, 410).

cipio porta naturalmente la conseguenza che, quando si ha una sentenza incidentale, potrebbesi lasciar pendente la lite fin anco trent'anni, e poi, volendo, riprenderla: possibilità questa che, in quanto appunto contraria all'essenza stessa dell'istituto della perenzione, e così facile come è a verificarsi, infirma quasi totalmente l'istituto stesso; poche sono in fatti le liti, ora specialmente che di tanto prevale l'uso del procedimento sommario, nelle quali, o in primo o in grado ulteriore, non si abbia una sentenza incidentale. — Tutto ciò è stato vagamente sentito dagli stessi avversari, o almeno da taluno fra loro, (1) e si è creduto eliminare l'obietto col dire che se, esistendo una sentenza incidentale, la parte anteriore di procedura non si perime, devesi però « ripristinare il giu-« dizio con una nuova citazione dinanzi lo stesso magistrato »; il che evidentemente implica scambiare la *cessazione* con la semplice *interruzione* del procedimento (ved. l'intitolazione della sez. VII, tit. IV, lib. I, del cod. di proc. civ.), e creare, non sapremmo poi con quale scopo, un caso di riassunzione d'istanza di cui il codice di procedura civile non fa parola. — 4.° Che ammesso quello che gli avversari ammettono, non si comprende come essi possano distinguere fra sentenze *preparatorie* (— incidentali, — diciamo noi) e sentenze *meramente preparatorie* (2) ed escludere che queste ultime impediscano si perima la procedura precedente, mentre in realtà le une e le altre sono preparatorie e solo differiscono per il criterio di essere più o meno remotamente conducenti alla decisione intorno al diritto contestato; di essere, in altre parole, più o

(1) Ved. Cassazione Torino, 6 luglio 1882 (*Cassazione*, II, 361).

(2) Il Dalloz sente l'assurdo ma non sa come eliminarlo. (Ved. il brano del Dalloz riferito dal Perenzoni, monografia citata, pag. 487). — Circa la perenzione in rapporto a queste sentenze *meramente preparatorie*, ved. anche sopra, § 8 verso la fine.

meno importanti in rapporto a quella questione sull'esistenza del diritto che è sempre necessariamente distinta dalle questioni su cui vertono le sentenze stesse, e distinta in modo tale che soltanto in un senso quanto mai improprio può dirsi esservene fra loro di tali (quelle che abbiamo ora dette — più importanti, — quali p. e. le sentenze ammittenti una prova concernente il merito) (1) che pregiudicano la decisione sulla esistenza appunto del diritto, ossia, come suol dirsi, — pregiudicano il merito: — la questione sull'esistenza della sotto-azione o sotto-azioni sue a far giudicare del diritto (e così per le altre sotto-azioni che dessa presuppone), quando sia suscettibile di vita propria in quanto non trattisi di esistenza o inesistenza puramente conseguenziali alla esistenza o inesistenza del diritto tutelato (ved. monogr. — *L'organismo della lite* — §§ 2, 3, 5, 8, 9, 12 e 13) ha, se decisa, delle conseguenze in relazione al diritto, ma decidere sull'esistenza delle sotto-azioni medesime non sarà mai decidere sull'esistenza del diritto. (2) — 5.° Che ritenuto come essi ritengono che le sentenze *meramente preparatorie* non salvino la procedura precedente, e posta la teoria della inscindibilità di sorti fra procedura e sentenze, questi nostri avversari sono indotti ad affermare

(1) Talune volte, come è notissimo, queste sentenze, e così per altra qualsiasi sentenza incidentale, contengono anche la decisione di una parte del merito; ma non si potrà dire, della sentenza presa nel suo complesso, che — pregiudica il merito: — lo decide in quanto è definitiva, non lo decide direttamente nè indirettamente in quanto incidentale.

(2) Il Gargiulo, *Comm.*, (ediz. Napoli, 1877) sull'art. 341, dice che « le sen« tenze che impediscono la perenzione sono tutte quelle alla base delle quali « potrebbe prodursi *l'eccezione della cosa giudicata*, quelle insomma che de« finiscono o pregiudicano il merito.... » Ma la cosa giudicata sul merito non la possono portare che le definitive, finchè almeno diranno si definitive quelle che decidono il merito, in tutto o in parte s'intende! Una cosa giudicata poi la portano tutte le sentenze meno quelle .... che non dicono nulla. Seguita poi il detto autore dichiarando che sentenze *interlocutorie* sono

che le dette sentenze siano suscettibili di perenzione, (1) il che, secondo dicemmo (ved. § 29) è per noi un errore. — 6.° Che equiparato pure, in ipotesi, il caso di sentenza *preparatoria* a quello di sentenza *definitiva*, non per questo quella teoria si manifesterebbe meno errata. Distinguiamo: *a*) il caso che la perenzione siasi verificata avanti la sentenza preparatoria; e *b*) quello che siasi verificata dopo. — Nel caso *a* siamo nell'ipotesi analoga a quella di una sentenza definitiva, e quindi, *mutatis mutandis*, vale per la prima quello che già abbiamo detto per questa seconda. — Nel caso *b* le cose sono del pari sostanzialmente le stesse. Non potrà ripetersi, che, quando si è verificata la perenzione, la istanza, e qui — la parte di istanza, — non era ancora consumata dalla sentenza, ma non per questo, tale consumazione che la sentenza incidentale produce, salverà dalla perenzione la parte d'istanza medesima, e tanto meno la intiera istanza così come, per la teoria stessa che combattiamo, le singole parti d'istanza non sono salvate dalla perenzione per il fatto che, trattandosi di parti d'istanza il cui oggetto non sia la prolazione della sentenza, siansi estinte, invece che con la pronunzia di una sentenza, col compiersi di un qualunque altro fatto giudiziale. Nella ipotesi della perenzione in fatti, al pari che in quella della rinunzia, la causa di nullità delle parti

quelle « che pregiudicano il merito », e quindi aggiunge le « *incidentali* » al novero di quelle che non si perimono, il che, anche dando alle parole il valore che sembra diagli questo autore, parrebbe contradire la precedente affermazione: che impediscano la perenzione soltanto le sentenze le quali definiscono o pregiudicano il merito.

(1) Ved. p. e. Cassaz. Torino, 31 luglio 1866 (*Annali*, I, I, 1, 98); idem, 29 luglio 1870 (*ibid.*, V, I, 1, 286); Ricci, monog. nel *Giornale delle Leggi*, 1878, 113. — Del resto su questo punto della perenzione delle sentenze meramente preparatorie possono dirsi concordi la Dottrina e Giurisprudenza tutta.

di istanza è talvolta posteriore all'esaurimento loro, ma, fino a che si verifica nello stesso giudizio e non in altro sia pure appartenente alla stessa lite, ciò non toglie colpisca anche quelle parti di istanza, faccia sì cioè debbansi considerare come mai giuridicamente esistite le corrispondenti sotto-azioni il valore delle quali era subordinato al non verificarsi della perenzione del giudizio di cui lo svolgimento loro costituisce un elemento (ved. sopra, in principio al § 6). Di ciò, del resto, convengono quelli fra gli avversari che applicano la loro teoria soltanto alle sentenze definitive. — 7.° Che finalmente ricorrerebbe in ogni ipotesi quel che abbiamo accennato nel caso di sentenze definitive di una parte del merito della lite (ved. pag. 132). Ciò infatti che è consumato dalla sentenza incidentale e che si trasmuterebbe nell'*actio judicati*, è la sotto-azione, e parte d'istanza relativa, il cui spiegamento ha costituito la controversia incidentale cui quella sentenza mette fine: ora non si saprebbe perchè la sentenza dovrebbe salvare anche tutto ciò che non costituisce detta parte d'istanza. (1) — Che se anche si vuol parlare di novazione che la sentenza operi rispetto a quello su cui decide, cioè, in questo caso, alla sotto-azione contestata e formante oggetto della controversia incidentale, non sempre la sentenza incidentale concerne la esistenza della sotto-azione a far giudicare del diritto (ved. monogr. — *L'organismo della lite*, — § 8), o, concernendola, si tratta della intiera sotto-azione e non invece di qualche sotto-azione sua (monogr. cit., § 7), nè, in ogni modo, si ha sempre (anzi questo è caso assai raro) che in una lite si svolga soltanto quella sotto-azione a far giudicare di un diritto della quale abbia giudicato la sentenza incidentale.

(1) Intorno a ciò può vedersi quanto viene detto, per limitare la teoria della consumazione al caso di sentenza definitiva, da quelli autori e quelle decisioni che nelle pratiche applicazioni concordano in massima con noi.

c) 38. Ma non è semplicemente con questa teoria che si è voluto, nella massima parte dei casi, salvare dalla perenzione la procedura che precede le sentenze incidentali. Taluni infatti, sostenendo al solito che la nullità della procedura precedente porterebbe la nullità della sentenza, dicono che, indipendentemente dalla teoria della consumazione dell'istanza, la non perenzione della procedura e conseguente non perenzione della sentenza, è determinata dalla sentenza stessa per altre ragioni.

Taluni dicono: (1) — la perenzione rende nulla la procedura, ma non estingue però le prove, nè gli effetti tutti delle sentenze; alle sentenze non definitive della lite verrebbero meno in parte, e talvolta, secondo essi, in tutto gli effetti loro, ove la perenzione colpisse anche quella parte di procedimento che le ha precedute; dunque è forza ritenere che la detta parte di procedimento, sotto questo rispetto formante un tutto solo con le sentenze medesime, non venga colpita dalla perenzione.

Quali e quanti errori però (anche senza dire di quelli comuni a ogni teoria la quale implichi che rimanga in vita la lite non ostante la perenzione) racchiuda una simile argomentazione ci sembra non sia difficile il dimostrarlo.

In primo luogo tale teoria è evidentemente inconseguente quando afferma dover valere per le sentenze i principî che le son propri, e non fa altrettanto per le prove, mentre ci sembra cosa ovvia che debba valere in rapporto alla non perenzione delle prove quel che vale per la non perenzione degli effetti delle sentenze, una volta si ammette che le prove non si perimano così come non si perimono gli effetti delle sentenze.

(1) Ved. principalmente la decisione della Cassaz. di Firenze, 15 giugno 1885 (*Temi Veneta*, X, 371); e 20 maggio 1886 (*Annali*, XX I, 1, 219).

Dalla quale incongruenza deriva che per la teoria stessa (come per qualunque altra con la quale ammettasi che le sentenze incidentali impediscano la perenzione della parte di procedura a loro precedente) si abbia questa strana conseguenza pratica: che sia salva la parte stessa di procedura quando la prova viene ammessa con sentenza, e non sia salva quando ciò non si verifica.

Ma, qualunque cosa sia della perenzione in rapporto alle prove, ecco le ragioni che dimostrano erronea la teoria stessa in rapporto alle sentenze.

Quella teoria, ha, come sua premessa fondamentale, la asserzione che dalla perenzione sono salvi gli effetti tutti delle sentenze, e più particolarmente quelli che, rispetto alla lite, hanno le sentenze non definitive: senza questa asserzione cade tutta la teorica; ora è appunto quell'asserzione che secondo noi è errata. Lo abbiamo visto ai §§ 7 e 8, e, del resto, basta, per persuadersene, il solo considerare l'inconciliabilità dei due fatti: caduta della procedura svolta e da svolgersi e permanenza di tutti gli effetti delle sentenze. — Che non si tolga ogni effetto alle prove e alle sentenze, nè quindi possa dirsi che la perenzione porti la nullità delle medesime, va bene, ma siccome nel tempo stesso si vuole che la procedura, *tutta*, diciamo noi, *parte*, dicono gli avversari, venga a infirmarsi, bisogna pur ammettere che, quelli effetti delle prove e delle sentenze i quali non possono sussistere se non in quanto non è perenta la procedura della lite in cui queste sono sorte, siano soggetti a cadere; abbia una limitazione cioè quella regola per la quale la perenzione non colpisce gli effetti delle prove e delle sentenze: questo ammettono i nostri stessi avversari quando (senza dire delle sentenze *meramente preparatorie* alle quali essi medesimi non attribuiscono forza di salvare la istanza) riconoscono che la parte di procedura

susseguente alla sentenza, e quindi necessariamente una porzione degli effetti della sentenza medesima, viene colpita dalla perenzione: rimane da vedersi se tutta o parte della procedura debba logicamente ritenersi soggiaccia alla perenzione; e che debba dirsi che viene colpita tutta quella del giudizio in corso e quella di altri che potessero susseguirgli come nuovi stadii di un non interrotto combattimento giudiziario, già lo dimostrammo a suo luogo.

d) 39. Quella inscindibilità della procedura dalla sentenza per la quale la sentenza, di per sè esente dalla perenzione, impedirebbe che questa colpisse la procedura e così insieme, appunto per l'inscindibilità stessa, la sentenza che dessa abbia prodotta, quella inscindibilità, dicevamo, risulterebbe anche dal fatto accennato con l'antico ditterio *sententia sine actis nihil probat.* (1) Facile però è il rispondere che la perenzione toglie agli atti della procedura il loro valore procedurale in relazione alla lite, non anche tutto il resto della loro esistenza giuridica, nè tanto meno poi sottrae ai medesimi l'esistenza materiale.

B) **40.** Dopo aver cercato di dimostrare come, esaminata la teorica degli avversari considerandola nell' ipotesi che si verifichi durante un giudizio in genere o in uno di primo grado, la teoria stessa apparisca inetta a conflittare la teoria nostra, faremo adesso altrettanto per la teorica stessa considerata nella applicazione che essi ne fanno al caso di perenzione compiutasi durante un giudizio di grado ulteriore. (2)

Rilevano gli avversari che gli effetti della perenzione sono più gravi ove dessa si compia in giudizio di grado ulteriore

(1) Ved. p. e. Cassaz. Firenze, 15 giugno 1885 (*Temi Veneta*, X, 371) e Cassaz. Torino, 6 maggio 1879 (*Annali*, XIII, I, 1, 388).

(2) Si tenga conto che, pure parlando in questo § di nuovo giudizio e di sentenza definitiva impugnata, ciò che diremo per la sentenza stessa, per le

che sia, si intende, appartenente alla stessa lite decisa con la sentenza impugnata. Ma, questa maggiore gravità di effetti della perenzione (comune al caso che trattisi invece di una nullità qualsiasi, oppure della rinunzia alla lite, le quali parimente si verifichino in ulteriore grado) è la naturale conseguenza del fatto che appunto in un giudizio non di primo grado avvenga la perenzione. Ogni giorno accade che una sentenza evidentemente erronea, una sentenza cui le nuove prove avutesi in grado ulteriore hanno portato colpi fatali, o anche sentenze addirittura riformate dal secondo giudice nel modo più radicale, vengono poi, riconoscendosi l'esistenza di una nullità qualsiasi del gravame, ad acquistare forza di cosa giudicata; e nessuno riscontra in ciò degli assurdi giuridici, e nemmeno ve li riscontreranno gli avversari, i quali, anche secondo la teoria loro, non possono negare che tutto questo avvenga legittimamente e si verifichi, per il caso di nuove prove in grado ulteriore non ammesse con sentenza, quando anche la nullità che porti il passaggio in giudicato sia appunto la perenzione.

Invece di riconoscere che questi inconvenienti sono necessari e che le sentenze sono verità molto (in certi casi — moltissimo —) relative, si sforzano di eliminarli. E la maniera si presenta loro facile: basta in fatti, perchè la perenzione in grado ulteriore non porti, in grandissima parte dei casi, quel passaggio in giudicato della sentenza impugnata che determina la maggior gravità degli effetti della perenzione effettuantesi in grado ulteriore, basta, dicevamo che applichino a questa specie di giudizi la teoria loro per la quale tutte

sentenze incidentali nel nuovo giudizio o per la nuova sentenza definitiva del merito, è applicabile a una sentenza incidentale impugnata, alle sentenze incidentali nel giudizio incidentale di grado ulteriore e alla nuova sentenza definitiva dell'incidente (ved. sopra § 24).

le volte che vi è intervenuta una sentenza non si perime la procedura che questa precede.

Non mancano però coloro (1) i quali, mentre sono obbligati a riconoscere erronee quelle teorie che di fronte a un giudizio qualunque escludono possa perimersi la parte di procedura precedente a una sentenza incidentale, passando poi a trattare della perenzione che si verifichi in un giudizio ulteriore, e influenzati dal pensiero di quella maggior gravità di effetti che la perenzione ha quando si verifica in simili giudizi, accolgono ed applicano in un tal caso quella teoria che rigettano in massima.

Per questi avversari, come per gli altri, sono sempre dunque le teoriche già combattute che vengono ad essere fatte valere per simili giudizi, sia poi sostenuta una tal cosa come applicazione di un principio generale, oppure speciale ai giudizi in parola: nel giudizio di primo grado partono essi dal concetto che, ammettendosi la perenzione della procedura precedente a una sentenza, non si possa poi dire mantenuta in vita la sentenza stessa; in grado ulteriore applicano il principio a cui questa affermazione si informa dicendo che, ammessa la perenzione del gravame, bisogna ritenere che cadano le nuove sentenze e passi sempre in giudicato la sentenza impugnata. Per parte nostra non possiamo dunque che riportarci a quanto già abbiamo detto.

Un obietto che ci vien fatto allorchè trattasi di perenzione di simili giudizi parrebbe speciale ai giudizi stessi, e quindi non da noi già ribattuto; ma ciò non è. Ci viene opposto che, per lo meno, quanto alle sentenze definitive le quali riformino la sentenza impugnata, ammettendo noi il fatto

(1) Ved. Pistoni, monogr. nel *Giornale delle Leggi*, 1878, 212; Maurelli, *Giornale* stesso, 1878, 354, e Mattirolo, *Diritt. Giudiz.*, (ediz. 2.ª) vol. III, n. 671.

che, nell'esistenza loro, la sentenza impugnata medesima non passi in giudicato, ammettiamo anche, sempre nel caso stesso, che la procedura del nuovo giudizio non si perime. Essi, ragionando in tal modo, sono influenzati dalla solita idea che la perenzione sia una causa di nullità della procedura essenzialmente uguale a quella dipendente da altra causa qualunque: secondo noi non è così, ed appunto per questo abbiamo potuto dimostrare com'è che, pur perimendosi la intiera procedura del nuovo giudizio, la sentenza impugnata riformata dalla sentenza definitiva di simil giudizio non passi in giudicato.

II

Le teoriche intorno agli effetti della perenzione rispetto alla lite, e la legge.

I a) **41.** Studiato così quale, secondo noi, è la teoria che regge gli effetti della perenzione in rapporto alla lite, esposti i principî nostri, combattuti quelli contrari, resta da vedersi se il nostro codice di procedura ha accolti gli uni oppur gli altri. — Per meglio stabilire però cos'è che dispone in proposito il codice stesso è utile passare in rassegna le disposizioni che, sulla materia, contenevano i codici da cui il nostro è derivato.

Il codice di procedura francese disponeva nell'art. 401: « La perenzione non estingue l'azione; importa soltanto estin- « zione di procedura, per modo che non si potrà in alcun « caso prevalersene od opporre alcun atto della procedura « estinta ». (1) Di fronte a un simile articolo, se la scienza

(1) Citiamo la traduzione del codice di proc. civile francese pubblicata nel 1806 pel Regno d'Italia.

avesse distinte, così come facciamo tanto noi quanto i nostri avversari odierni, le sorti della procedura da quelle delle prove, e altrettanto si fosse fatto per le sentenze nel modo che facciamo noi, l'assunto che sentenze e prove non siano travolte nella rovina prodotta dalla perenzione sarebbe stato (ove altri argomenti interpretativi non vi si opponessero) molto facilmente giustificabile anche di fronte a quel codice francese che in realtà è molto dubbio se volesse che la perenzione della procedura portasse quella delle prove e delle sentenze. (1)

Ma i giureconsulti francesi, o almeno la maggior parte di loro, partivano, come si è visto, dal principio contrario, e quindi era soltanto con l'eliminare in certi casi la perenzione che essi giunsero a salvare alcune delle prove, le sentenze definitive, e, taluni fra loro, anche una parte delle incidentali.

b) 42. Quelle eccezioni alla regola che la perenzione della procedura porti anche quella delle prove, eccezioni che la dottrina e giurisprudenza avevano introdotte, trovarono accoglienza in una legge e cioè nel codice di procedura civile ginevrino, il quale nell'art. 277 diceva: « La péremption d'istance portera extinction de la procédure et de « toutes ordonnances préparatoires », e nell'articolo seguente poi sottraeva espressamente alla perenzione il giuramento, la prova testimoniale e le confessioni o dichiarazioni risultanti da atto scritto. La regola cominciava così, almeno rispetto alle prove, a perder terreno anche nelle leggi. Quanto alle sentenze definitive parimente veniva col detto articolo eliminata la regola in parola: non anche quanto alle altre sentenze, cosa questa abbastanza naturale di fronte al codice

(1) Ved. Pescatore, *loc. cit.*, pag. 258.

ginevrino, giacchè questo codice non riconosceva la forza di sentenza che a quelle definitive

c) **43.** Il codice di procedura civile sardo (1) accettò, menochè per le confessioni e dichiarazioni, la disposizione del codice ginevrino relativa alle prove (2) e disse nel suo art. 466: « Non ostante la perenzione, se l'azione è nuova« mente intentata, le parti potranno prevalersi del giura« mento ecc. »; e, quanto alle sentenze, avendo copiato col suo articolo 465 il 401 del codice di proc. civile francese che sopra abbiamo riportato, non ne disse parola: sicchè anche negli Stati Sardi continuarono, come in Francia, i soliti dubbi sul punto se le sentenze, o una parte almeno di queste, dovessero seguire le sorti della procedura.

d) **44.** Il concetto però che, in relazione agli effetti della perenzione, si debba distinguere la procedura dalle prove o sentenze, e che di queste si perimano soltanto quegli effetti la cui esistenza è incompatibile col perimersi di tutti quelli propri alla procedura, questo concetto, dicevamo, era ormai penetrato nelle menti di tutti: ed è per noi specialmente interessante il notare come mentre il Pisanelli, nel suo *Commento al cod. di proc. civ. per gli Stati Sardi*, ediz. Torino, 1861, vol. IV, n. DCCLXXXVII, aveva ricorso, per salvare le sentenze dalla perenzione, al rimedio di escludere la perenzione della lite (limitatamente almeno a quanto precede la sentenza) ogni qualvolta una sentenza vi sia, la Relazione del Governo al Re intorno al cod. di proc. civile italiano (Relazione rispetto alla

(1) Come è noto in Piemonte si ebbe un nuovo codice di procedura civile nel 1854 ed altro nel 1859, i quali, per quanto concerne la nostra materia, sono quasi sempre identici. Noi, quando questa identità si verifica, parlando del codice di procedura civile sardo intendiamo riferirci a quello del 1859.

(2) Quanto alla prova testimoniale però conservava il suo valore non ostante la perenzione solamente ove i testimoni, allorquando occorresse valersi della prova stessa, fossero morti.

quale il Pisanelli fu per lo meno *magna pars*) esclude manifestamente simile concetto: «..... Però (ivi è detto) ammettendo « come regola l'annullamento degli atti *seguiti nella pro-* « *cedura perenta,* dovrà conchiudersi che niuno di essi possa « conservare la sua efficacia *nella nuova istanza che venisse* « *proposta in giudizio?* Il codice francese non stabilisce ve- « runa eccezione alla regola anzidetta. Il codice ginevrino « ne ammette due ...... Il progetto *generalizzando* il con- « cetto del codice ginevrino, adottato solo in parte dal codice « sardo, dichiara che la perenzione non estingue le prove che « risultino dagli atti. Esso stabilisce inoltre che rimangono « salvi gli effetti delle sentenze pronunziate. La decisione costi- « tuisce *pur essa* una verità giuridica che non può essere « annientata dalla sola perenzione. » Il concetto dell'analogia fra il caso delle *prove* e quello delle *sentenze,* concetto che è scolpito in tutto il discorso riferito, esclude che le sentenze, anzichè essere salve nella massima parte degli effetti loro malgrado la perenzione della procedura, lo fossero, secondo il concetto del relatore, stante l'impedimento che la sentenza produrrebbe a che la procedura, o almeno la parte di questa precedente alla sentenza, sia colpita dalla perenzione. E, del resto, la Relazione dice espressamente che « la *decisione* .... « *non può essere annientata dalla .... perenzione* »; e lo dice così in modo assoluto, senza distinguere, come il Pisanelli stesso faceva nel suo Commento, le sentenze « attinenti in « qualche modo al merito » da quelle « *meramente ordi-* « *natorie* », e tanto meno affermare quello per cui questa distinzione era nel Commento da lui introdotta, cioè che le sentenze della prima specie « *assorbendo la istanza e la* « *procedura* » impedivano la perenzione della istanza e della procedura, e quella perenzione della sentenza che ne sarebbe stata l'effetto.

Questa Relazione non esclude, a nostro credere, soltanto quella teoria secondo la quale la perenzione della procedura porterebbe quella delle sentenze e queste sarebbero salve soltanto perchè l'esistenza loro escluderebbe la perenzione, ma anche quelle teorie qualunque si siano per le quali sarebbe salva, insieme alla sentenza, quella parte di procedura che la precede. Il criterio della Relazione secondo il quale non intendevasi fare altro che « *generalizzare* » a tutte le prove non solo, ma anche alle sentenze, quel che i codici sardo e ginevrino disponevano per alcune prove, è di per sè esclusivo che la non perimibilità si estendesse oltre quanto, le prove e le sentenze cioè, veniva designato. Fatto questo che ha tanto maggior valore ove si ricordi che l'art. 466 del codice di procedura civile sardo nel quale erano salvate dalla perenzione alcune prove, così esprimevasi: « Non ostante la perenzione, *se l'azione è nuovamente intentata,* le parti potranno « prevalersi del giuramento ecc. »; il che naturalmente implica che, per quella regola concernente le prove che fu estesa alle sentenze, l'istanza cadesse e le prove rimanessero salve non ostante l'infirmarsi dell'istanza. Ma poi, lo stesso brano di Relazione da noi riportato, entrando a parlare della non perimibilità delle prove e delle sentenze, comincia, secondo abbiamo visto, col dire: « *Però ammettendo come regola l'an-* « *nullamento degli atti seguiti nella procedura perenta* (non distingue mica, qui o altrove, fra parte e parte di procedura!), dovrà conchiudersi che niuno di essi possa conser- « vare la sua efficacia nella *nuova istanza che venisse pro-* « *posta in giudizio?* »

e) **45.** Analogamente (almeno ci pare) ai concetti da noi propugnati e che ci sembrano accolti nella Relazione, il nostro codice, dopo avere nell'art. 338 detto che « qualunque « istanza è perenta se per il corso di anni tre non siasi fatto

« alcun atto di procedura », dispone nella prima parte dell'art. 341: « La perenzione (1) non estingue l'azione, nè gli « effetti delle sentenze pronunziate, nè le prove che risultino « dagli atti, ma rende nulla la procedura ».

Gli avversari che non accettano la teoria nostra sostengono invece che la disposizione citata si concilia con le loro teorie, e che è altrettanto per la seconda parte dell'art. 341, parte riflettente il caso di perenzione in giudizio d'appello o di rivocazione, e della quale perciò parleremo più innanzi.

Intorno agli effetti della perenzione e alle disposizioni dell'art. 341 si è detto tanto e tanto, e con criteri sì svariati e incerti, che le menti dei giuristi sono ormai, sulla materia, piene di preconcetti d'ogni genere; ma, se questo non fosse, se, presa puramente e semplicemente la parte d'articolo che abbiamo riportata, la si esaminasse al lume del buon senso più che della scienza, nessun giurista avrebbe, secondo noi, il minimo dubbio sul significato suo. La perenzione, ognuno direbbe con le parole della legge: 1.° *non estingue l'azione* di cui una parte si andava sperimentando mediante quella sotto-azione a far giudicare del diritto la quale si estrinsecava nella lite perenta; — 2.° *nè gli effetti delle sentenze pronunziate*, le sotto-azioni cioè, o azioni magari, le quali nascono dalle sentenze; 3.° *nè le prove che risultino dagli atti;* non si perimono cioè le sotto-azioni derivanti da ciò che sopra un fatto siasi compiuta una data prova; 4.° *ma rende nulla la procedura* vale a dire, con ciò stesso che infirma la sotto-azione a far giudicare del diritto che si andava svolgendo mediante la lite perenta, con ciò stesso che infirma - l'*istanza* - (come dice l'art. 338), distrugge tutte quelle

(1) Dall'art. 338 si ha poi che la perenzione della lite cui qui si allude può essere determinata dall'abbandono o dalla non chiesta dichiarazione della contumacia.

fra le sotto-azioni rappresentanti altrettanti effetti di quanto si è compiuto o fosse per compiersi nel giudizio come estrinsecazione dell'esercizio della detta sotto-azione le quali siano elementi della sotto-azione stessa, e distrugge conseguentemente anche quelle fra le sotto-azioni rappresentanti altrettanti effetti delle prove e sentenze ottenutesi con quell'esercizio le quali facciano, come le prime, parte della sotto-azione in parola e che in ogni modo non potrebbero esistere quando cadono, sia pure appunto per perenzione, le altre.

Che invece di così debba intendersi tale disposizione nel senso che sia salva la sentenza e cada la procedura, ma sia salva anche questa ogni qualvolta vi è una sentenza, e ciò in quanto, questa essendo, perenzione di istanza non si abbia, è escluso nel modo più evidente dal fatto che la legge, pur prevedendo il caso che esista una sentenza, presuppone ricorra la perenzione (senza distinguere fra procedura precedente o susseguente alla sentenza) ed esclude sia da questa colpita la sentenza. Questo almeno diciamo di fronte al testo della legge, ammenochè cioè non si voglia seguire il Borsari allorchè molto disinvoltamente dice, alludendo a quella parte del detto articolo in cui viene espresso che *la perenzione non estingue gli effetti delle sentenze*: « la dizione non è cor« retta ..... Doveva dirsi che — la pronunzia di tali sentenze « impedisce la perenzione — ». Il legislatore distingue nettamente l'azione, le sentenze e le prove, e finalmente la procedura; dichiara salva l'azione, salve le sentenze e le prove, colpita invece la procedura. Come, di fronte a un termine così assoluto, distinguere fra parte e parte della procedura? E ciò è tanto più inammissibile in quanto quel « *ma* » nella frase « .... ma « rende nulla la procedura », — *ma* — che mette in contrapposto la nullità della procedura con la non estinzione, oltrechè dell'azione, delle sentenze e delle prove, fa legittimamente sup-

porre che il legislatore, nel formulare tale articolo, avesse presente l'idea di un giudizio in cui appunto fossersi avute sentenze e prove. — Forse i sostenitori della teoria secondo la quale dovrebbe essere salva la parte di procedura precedente a una sentenza in quanto altrimenti cadono molti degli effetti di questa, mentre, (secondo loro) la legge vuole salvi gli effetti tutti delle sentenze, ci opporranno che, come noi diciamo che non si può di fronte alla parola — *procedura* — distinguere fra porzione e porzione di procedura, così essi sono autorizzati a non volere distinguere fra *effetti* e *effetti* e sostenere che tutti debbono essere salvi. Noi potremmo limitarci a rispondere che se per loro, la generalità del vocabolo *procedura* sarebbe limitata da quella del vocabolo *effetti*, per noi invece deve dirsi il contrario, la generalità cioè della frase con la quale il legislatore dice di volere salvi *gli effetti delle sentenze* è limitata da quella dell'altra frase con la quale esprime che la perenzione rende nulla la *procedura*: e saremmo pari coi nostri avversari. Ma a noi questo non basta, e affermiamo che a loro stessa confessione non tutti gli effetti delle sentenze sono salvi quando si perime la procedura. Prescindendo dall'analogia perfetta col caso delle prove rispetto al quale i nostri avversari convengono che desse non impediscono la perenzione di parte alcuna del giudizio, ed ammettono quindi, circa il venir meno degli effetti loro, quello che (non ostante l'affermazione di quella analogia sia scolpita nelle parole della legge) impugnano nel caso di effetti delle sentenze, anche rispetto appunto agli effetti delle sentenze gli avversari concordano che si estinguono quasi tutti (anzi — tutti — secondo loro) gli effetti delle sentenze *meramente preparatorie*, e, quanto alle altre, ammettono che si estinguano quelli che cadono col cadere della procedura susseguente alla sentenza.

46. Dimostrato in questo modo (almeno ci sembra) che, anche secondo la legge, le sentenze non impediscono si perima la parte d'istanza svoltasi prima di loro, dovrà dirsi che, anche di fronte alla legge stessa, può aversi l'ipotesi da noi fatta (ved. sopra, § 9) che una sentenza, magari definitiva, sia stata pronunziata e che il giudizio dalla medesima stato chiuso siasi perento. Questo essendo potrà, anche standosi alla legge, ripetere quel che dicemmo nel formulare l'ipotesi stessa, cioè che in un simil caso la sentenza non appena formata passa in giudicato in quanto trova già perente in precedenza quelle sotto-azioni a gravarsene che impedirebbero avvenisse un tale passaggio? Ci sembra evidente che sì. L'art. 338, già lo si è visto, parla di perenzione dell'*istanza*, e i gravami del genere accennati che si spiegassero contro quella sentenza sarebbero parte di tale istanza: il capov. dell'art. 341 tratta, è vero, di passaggio in giudicato della sentenza stante la perenzione dei *giudizi* d'appello o di rivocazione; ma questo non toglie, secondo noi, che possa passarvi anche per il fatto della perenzione di quei *gravami* la cui possibilità osterebbe al passaggio stesso, cioè, stando almeno alla legge, (1) quelli d'appello e d'opposizione.

II **47.** Le ragioni ora accennate varranno anche in questo caso di perenzione che colpisca uno di quei gravami che impedirebbero il passaggio in giudicato di una sentenza, ma di perenzione non verificatasi durante il giudizio alla sentenza stessa precedente, oppure in quello susseguente, bensì nello stadio in cui, della lite, non si ha che la possibilità dello esercizio di quei mezzi di impugnare le sentenze.

Se, come ora dicevamo, anche di fronte al nostro codice può aversi una perenzione della lite che si verifichi

(1) Ved. il § seguente.

durante lo stadio d' impugnabilità d' una sentenza definitiva mediante, s'intende, un mezzo la cui esistenza impedisca il passaggio in giudicato della sentenza stessa, dobbiamo però dichiarare come, secondo noi, i principî che in proposito abbiamo esposti nel § 13 non vadano d'accordo con la legge rispetto a tutti e singoli i mezzi di impugnare le sentenze durante l'esistenza dei quali abbiamo detto poter verificarsi la perenzione della lite. Taluni in fatti ritengono che il nostro codice di procedura civile abbia accolto il principio da noi accettato per il quale il rimedio della cassazione impedirebbe il passaggio in giudicato della sentenza, ma la prevalente dottrina, o almeno quella che a noi pare meglio si apponga, ritiene che, per il codice stesso, non solamente la possibilità del mezzo della rivocazione e dell' opposizione del terzo, ma anche quella del rimedio della cassazione (1) non impedisca il passaggio in giudicato della sentenza impugnabile: dal che naturalmente deriva che, di fronte alla legge nostra, non potrebbe parlarsi di perenzione della lite che si verifichi, oltrechè nello stadio in cui può spiegarsi il rimedio della rivocazione e della opposizione del terzo, in quello in cui sussiste la possibilità di sperimentare il mezzo della cassazione.

III **48.** Passiamo ora alla seconda parte dell' art. 341, parte riflettente il caso di perenzione che si verifichi in un giudizio d'appello o di rivocazione. (2)

I codici francese (art. 469) e sardo del 1854 (art. 587), con formule leggermente diverse, concordavano nel dichiarare semplicemente che la perenzione verificantesi in secondo grado

(1) Ved. su tutto ciò il Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. IV, n. 887, e seguenti.

(2) Ripetasi qui pure quello che abbiamo accennato nella nota 2 alla pag. 141.

di giurisdizione porta passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Il codice ginevrino (art. 279), con differenza forse di forma soltanto anzichè di sostanza, dichiarava che la perenzione porta in simil caso la decadenza dal ricorso. Se questi codici, così esprimendosi, intendessero riferirsi all'ipotesi che nel nuovo giudizio non fossero state pronunziate delle sentenze; se invece presupponessero che, ove esista una sentenza definitiva del nuovo giudizio, perenzione del giudizio stesso non si abbia; o se finalmente presupponessero una tal cosa anche nel caso siano pronunziate delle sentenze *preparatorie*, o, magari, *meramente preparatorie*, tutto questo non è stato chiarito, ed è ben naturale che sia così, giacchè, nel silenzio della legge, ognuno poteva credere informata la legge stessa all'un criterio scientifico piuttosto che all'altro. Fatto è però che il codice di procedura civile sardo del 1859 (art. 552) e poi il nostro codice, dopo avere al solito affermato che effetto della perenzione nel giudizio di appello o di rivocazione è quello di far passare in giudicato la sentenza impugnata, hanno una parte, formulata quasi con identiche parole, che gli altri codici non avevano. In fatti, per limitarci a citare il nostro codice, l'art. 341 del codice medesimo così si esprime: « La perenzione nei giudizi d'appello o di rivoca- « zione dà forza di cosa giudicata (1) alla sentenza impugnata, « quando non ne siano stati modificati gli effetti da altra « sentenza pronunziata nei detti giudizi ».

A noi, sembra chiaro che, con queste parole, il legislatore abbia applicato al caso di uno di simili giudizi quella

(1) Sul valore di questo passaggio in cosa giudicata rispetto alla possibilità di una domanda di rivocazione (od anche di cassazione quando si ritenga che, per la legge, soltanto i mezzi *ordinari* di impugnare le sentenze ne impediscano il passaggio in giudicato) vedasi quel che, pel caso di domanda di rivocazione, abbiamo detto nella nota alla pag. 103.

teoria valevole per un giudizio qualunque, cui, secondo noi, si informa la prima parte dell'articolo stesso. Correlativamente alla qual teoria il legislatore, a nostro credere, ha voluto affermare, nel capoverso medesimo, che la perenzione del giudizio di appello o di rivocazione porta il passaggio in cosa giudicata della sentenza impugnata o di una parte della medesima quando non esiste, rispetto alla sentenza o parte di sentenza stessa, una sentenza definitiva che la riformi; e quindi porta tale effetto quando sentenza definitiva di tutta o di parte della lite non si ha, (1) oppure, anche esistendo, sia confermatoria della impugnata sentenza.

Anche dunque secondo la legge in simili giudizi, al pari che in un giudizio qualsiasi, sono salvi gli effetti delle sentenze e delle prove in quanto, al solito, si tratti di effetti la cui esistenza sia compatibile col cadere della lite e più in particolare di una lite non in primo grado: siano in fatti le sentenze definitive che il nuovo giudizio abbia prodotte modificative o no della sentenza impugnata, conservano sempre i loro effetti, dicendo la legge, anche rispetto a quelle che non la modificano, che la sentenza impugnata passa in giudi-

(1) Escludendo in questo modo che una sentenza incidentale possa impedire il passaggio in giudicato, per effetto della perenzione, della sentenza definitiva impugnata, intendiamo naturalmente riferirci al caso ordinario di una sentenza incidentale che prepari gli elementi per eventualmente colpire la sentenza impugnata, ma non la colpisca essa stessa: se fosse il contrario, se ricorresse cioè l'ipotesi di una sentenza con cui, non decidendosi in pari tempo il merito, si dichiarasse la nullità della prima sentenza (ved. sopra, nota 1 alla pag. 106), la sentenza avutasi nel nuovo giudizio colpirebbe la sentenza impugnata per quanto riguarda la procedura così come la sentenza definitiva che riforma la precedente colpisce questa in quanto attiene al merito; non potrebbe altrimenti dirsi di lei che non è una sentenza la quale *modifica gli effetti* di quella impugnata, e quindi dovrebbe ripetersi per la medesima quello che, in relazione al capov. dell'art. 341, diciamo per le sentenze di merito che modifichino quella terminativa del giudizio precedente.

cato, ma non escludendo punto vi passi anche quella confermatoria; e, quanto alle sentenze incidentali e alle prove, nulla dicendo la legge contro il concetto che siano salvi tutti quei loro effetti che sono compatibili col fatto che si verifichi la perenzione in tali giudizi.

Parrebbe dunque a noi che, nel capov. dell'art. 341, la nostra teoria trovi ausilio, e non uno scoglio come dicono gli avversari. — Quanto al giudizio di opposizione la legge non ne parla: questo per altro non toglie che, secondo la comune opinione, (1) debba, per analogia, intendersi detto per l'opposizione quel che ivi si esprime per l'appello e per la rivocazione.

49. Gli avversari però non condividono punto le nostre convinzioni intorno al senso da darsi al capov. dell'art. 341. Essi infatti affermano che il capov. stesso consuona con le teorie loro, in quanto appunto verrebbe ivi disposto in modo consentaneo a quel principio della non perenzione della procedura precedente alla sentenza non meramente preparatoria che costituisce la base comune a tutte le dette teorie.

Concordando questi nostri avversari che la seconda parte dell'articolo non è che il portato di quel principio generico cui è ispirata la prima, e dimostrato come non sia punto vero che la prima parte stessa si informi ai concetti loro, questo solo parrebbe sufficiente a far ritenere che, anche la seconda parte, sia ispirata alla nostra e non alle loro teorie. Ma esaminiamo pure questa parte dell' art. 341 in relazione a quanto, in rapporto alla medesima, sostengono gli avversari. Essi in sostanza ragionano così: ogni sentenza, non puramente preparatoria, pronunziata in grado ulteriore *modifica gli effetti* della sentenza impugnata; quando si ha

(1) Vedi Mattirolo, *Diritt. Giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. III, n. 975.

nei giudizi stessi una sentenza che *modifica gli effetti* di quella impugnata, la legge, non volendo che passi in giudicato quest'ultima sentenza e si perima quella nuova, non fa verificare la perenzione della parte di giudizio precedente alla nuova sentenza medesima; dunque anche in grado ulteriore le sentenze, meno quelle puramente preparatorie, impediscono si perima la procedura che le precede.

Ambedue le premesse però, se non ci inganniamo, non possono essere accettate — Non la prima, in quanto gli effetti di una sentenza, come di un atto qualsiasi, sono cambiati da un' altra con la quale il nuovo giudice, giudicando su quello che è giudicato nella sentenza impugnata, modifica la sentenza stessa, e insieme necessariamente modifica gli effetti che da quella emanavano; gli effetti stessi possono essere modificati quindi soltanto da una sentenza definitiva o da quella parte di sentenza che sia definitiva, non anche da una sentenza incidentale; (1) queste potranno preparare la modificazione, in quanto tendono a offrire al giudice gli elementi per potere eventualmente modificare gli effetti della sentenza, ossia, in altre parole, riformarla; ma *preparare la modificazione* non è *modificare*. Le quali cose che affermiamo per una sentenza incidentale in genere intendiamo dire anche pel caso speciale di una sentenza con la quale, per chiarir meglio il merito, si ammetta una qualche prova. Nè nella parte dispositiva, nè nella parte motiva di una simile sentenza è possibile vedere quella modificazione di quanto sul merito ha giudicato la sentenza impugnata che potrà essere

(1) Questo non sarebbe vero nel caso eccezionale di sentenza, appunto non definitiva, che dichiarasse frattanto la nullità della prima sentenza: ma per una simile ipotesi abbiamo già detto (ved. sopra, nota alla pag. 155) che la sentenza impugnata, dovendosi dire modificata dalla sentenza in parola, non passerebbe in giudicato per effetto della perenzione del nuovo giudizio.

soltanto una conseguenza dei resultati della prova medesima: ammettere, col fatto di accordare la nuova prova, che il giudice possa aver mal giudicato circa l'esistenza del diritto in questione, non è minimamente affermare che ne abbia mal giudicato. E questo sia pure che il nuovo giudice il quale ammette la prova, pur non affermando che il primo giudice, il quale p. e. abbia ritenuto l'esistenza del diritto, ha mal giudicato intorno alla esistenza medesima, affermi però, nel compiere detta ammissione della prova, che il primo giudice stesso ha mal giudicato circa l'esser provata l'esistenza del diritto: questa affermazione implicherà, al solito, soltanto la possibilità che sia stato mal giudicato intorno all'esistenza del diritto; l'affermazione circa la prova di una cosa non è affermazione circa l'esistenza di questa cosa. Potrà supporsi (1) sia dato al nuovo giudice di potere, appunto perchè non provata l'esistenza del diritto, affermare frattanto, in riforma della sentenza impugnata, l'inesistenza di quel diritto, e revocare quindi la sentenza stessa, salvo confermarla poi in definitivo dietro i resultati della prova che ammette; e se questo il giudice può fare e faccia, in una tal parte non potrà negarsi che la sua sentenza modifichi gli effetti di quella impugnata: ma è che allora, e rispetto a questa parte di sentenza, non avremo più una sentenza incidentale, bensì una definitiva. — E nemmeno può essere accettata la seconda fra le dette premesse in quanto la legge non dice punto ciò che vorrebbe imprestarlesi; la legge infatti così si esprime: « *la « perenzione nei giudizi di appello e di rivocazione dà « forza di cosa giudicata alla sentenza impugnata, quando « non ne siano stati modificati gli effetti ecc.* »: essa dunque, senza distinguere fra procedura precedente e procedura

(1) Ved. sopra, nota a pag. 107.

susseguente alla sentenza, dice che, ogni qualvolta il giudizio (meno vi sia intervenuta sentenza modificativa di quella impugnata) è colpito da perenzione, passa in giudicato la sentenza impugnata medesima: il che, argomentando *a contrario*, implica che, quando vi è intervenuta sentenza modificante gli effetti di quella impugnata, questa non passi in giucato: ma altro è dire che la sentenza impugnata non passa in giudicato, altro che non si verifica la perenzione della parte di procedura precedente alla sentenza; altro è ammettere che anche in simil caso si verifichi la perenzione della intiera procedura, altro ammettere che, dal fatto della perenzione medesima, derivi che si perimano le sentenze pronunziate in simili giudizi. — Il contrario dovrebbe dirsi ove, accettando i criteri degli avversari, si equiparasse quella nullità della procedura che dicesi perenzione a un' altra nullità qualsiasi; allora in fatti sarebbe vero, da un lato che, ammessa la perenzione della procedura di un giudizio ulteriore, ne verrebbe sempre il passaggio in giudicato della sentenza impugnata senza eccezione pel caso cui noi ci riportiamo parlando di sentenze che modificano gli effetti della sentenza impugnata; dall' altro lato le sentenze pronunziate nel nuovo giudizio verrebbero a perimersi in forza di quella perenzione della procedura del giudizio stesso verificantesi non ostante l'esistenza loro. Ma tutto questo, se è accettabile per i nostri avversari, non lo è per noi; e ne abbiamo dette ampiamente le ragioni. — Alle quali ragioni aggiungiamo ora l'altra che la citata Relazione del Governo al Re parla in modo tale della perenzione in grado ulteriore da escludere che la sentenza modificativa rimanga in vita e respettivamente la sentenza impugnata non passi, nell'esistenza di quella, in giudicato, in quanto non si verifichi la perenzione della procedura: ecco il brano della Relazione ed il lettore può constatare da sè stesso la

verità di quanto abbiamo affermato: « Ove la perenzione abbia
« luogo in un giudizio di opposizione, di appello o di rivocazione,
« è palese che rimanendo estinto il procedimento diretto ad
« impugnare una sentenza, questa deve necessariamente acqui-
« stare la forza di cosa giudicata. È però altresì palese che
« quando nel giudizio d'appello o di rivocazione una sentenza
« avesse già modificati gli effetti giuridici della sentenza im-
« pugnata, questa più non potrà acquistare la forza di cosa
« giudicata contro il pronunziato della nuova sentenza ».

Ci viene obiettato (1) che, inteso il capoverso dell'art. 341 nel senso che la sentenza che *modifica gli effetti* sia quella revocatoria definitiva del nuovo giudizio, si attribuisce al legislatore di avere fatta l'eccezione per un caso in cui di perenzione non era da parlarsi in quanto terminata la lite. — L'obietto si rannoda naturalmente col solito criterio loro, e non nostro, che avendosi sentenza, e tanto più sentenza definitiva, non possa parlarsi di perenzione della procedura precedente alla sentenza stessa: per chi concorda invece con noi l'affermazione contraria l'obietto viene di per sè a cadere; se in fatti, anche data una sentenza definitiva, può aversi la perenzione del giudizio cui dessa pone termine e il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, ne veniva la necessità, per chi voleva appunto fare una tal cosa, di escludere espressamente che, avendosi una nuova sentenza definitiva modificatrice della prima, la perenzione portasse quell'effetto del passaggio in giudicato della sentenza impugnata che si era enunciato come derivante dalla perenzione del nuovo giudizio.

La sua ragione d'essere, il capoverso in questione, la perderebbe invece ove, quella parte dell'art. 341 e l'articolo stesso in generale, dovessero intendersi nel modo che

(1) Ved. Cosi, nota nell'*Annuario della proc. civ.*, vol. II, pag. 546.

vorrebbero gli avversari. Nel nostro concetto in fatti esso ha la sua ragione, non tanto nel voler dichiarare che, per regola, la nullità della procedura del nuovo giudizio stante la perenzione del giudizio stesso porta il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, quanto nel voler proclamare l'altra regola che, argomentando *a contrario*, si desume dal capoverso stesso, per la quale non passa in giudicato la sentenza impugnata quando ne sono stati modificati gli effetti da altra sentenza; regola questa che parrebbe contradetta da quella precedentemente bandita nella prima parte dell' articolo stesso, quella, vogliamo dire, per cui la perenzione porta l'annullamento della procedura. — Stando invece alle teorie degli avversari il capoverso in parola non costituirebbe, rispetto appunto agli effetti delle sentenze in relazione a quelli della perenzione, che la pura e semplice applicazione della prima parte dell' articolo mentre questa applicazione sarebbe di per sè evidente, e quindi verrebbe a mancare della sua ragion d'essere: e neppure la avrebbe in quanto dichiara che la perenzione del nuovo giudizio opera il passaggio in giudicato della sentenza impugnata giacchè, se è ragionevole abbia il legislatore sentito il bisogno di dichiarare una tal cosa, quando, seguendo il nostro concetto, si suppone, che desso non equipari la nullità della procedura proveniente da perenzione a un' altra nullità derivante da una diversa causa qualunque, non si capirebbe invece perchè avesse sentito il bisogno stesso, quando, considerata la nullità causata dalla perenzione come una nullità qualsiasi, è troppo naturale che l'annullamento della procedura del nuovo giudizio, associato com'è alla impossibilità di rinnovare il giudizio stesso, porti il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

Ci sembra dunque chiaro, ripetiamo, che la teoria nostra trovi conferma anzichè contradizione nel capoverso dell' arti-

colo 341. — Che del resto, ove anche fosse diversamente, non ne verrebbe per questo di necessità che la disposizione la quale fosse contenuta nel capoverso stesso, e che sarebbe stata determinata dal volersi impedire che le sentenze incidentali del nuovo giudizio restino, passando in giudicato la sentenza impugnata, prive della più gran parte dei loro effetti, fosse ispirata alla teorica secondo la quale la parte di procedura precedente a una sentenza non sarebbe colpita dalla perenzione, e tanto meno che questa teorica dovesse essere comune al caso di perenzione in giudizio di primo grado, mentre per questo si hanno nella prima parte dell' articolo ragioni speciali per escludere una tal cosa. (1)

(1) Ved. gli autori citati nella nota alla pag. 143 i quali, pur combattendo in genere le teorie per cui le sentenze incidentali salverebbero la procedura precedente dalla perenzione, rispetto al giudizio di grado ulteriore, sostengono, con argomenti speciali a tale ipotesi, la teoria contraria.

L'ORGANISMO DELLA ESECUZIONE FORZATA

A. La sotto-azione esecutiva.

1, 2. Sotto-azione (dell'azione tutelante il diritto) a coattivamente reintegrare *di fatto* il diritto stato leso. — *Sotto-azione esecutiva.*

3. Sotto-azione (dell'azione tutelante l'azione) a far giudicare dell'esistenza della sotto-azione esecutiva.

4. Sotto-azioni della sotto-azione esecutiva e della sotto-azione a far giudicare dell'esistenza di questa.

B. Esercizio della sotto-azione esecutiva.

5. L'*esecuzione forzata.*

6. Esecuzione forzata in cui, per mezzo delle relative sotto-azioni, svolgonsi più azioni.
   1) Eccezione.
   2) Più creditori procedenti, o creditore che agisce in forza di azioni diverse.
   3) Intervento.
   4) Esecuzioni riunite.

C. Estinzione della sotto-azione esecutiva.

7) . . . .

A. 1. Abbiamo visto nel § 3. della monografia — *L'organismo della lite* — come le varie ipotesi di tutela giudiziaria del diritto (di cui ivi nel § 1) si risolvono spesso (o almeno la presuppongono) in quella rappresentata dalle sotto-azioni

a tutelare *giuridicamente* (1) il diritto mediante il riconoscimento giudiziale della sua esistenza.

Spesso invece si risolvono nella ipotesi del tutelare, sempre giudiziariamente, il diritto, in modo effettivo, *di fatto*: (2) delle sotto-azioni corrispondenti a questa ipotesi avremo esempio, per l'ipotesi (ved. monogr. cit., § 1) di tutela consistente nel compiere la reintegrazione di un diritto leso, nel caso di quella sotto-azione avente appunto per oggetto la coatta reintegrazione *di fatto* del diritto stato leso, il cui svolgimento ha il nome di *esecuzione forzata.* (3)

2. È di questa sotto-azione (cui daremo il nome di sotto-azione *esecutiva*), che noi, come si è visto dall'intitolazione di questo nostro studio, intendiamo occuparci.

Chi dunque, compiendo l'esecuzione forzata, spiega la sotto-azione esecutiva è il creditore procedente o colui, il che torna lo stesso, il quale si associa alle sue istanze. — Una sotto-azione esecutiva però, per quanto secondaria di fronte all'altra che esercita il creditore procedente, è anche quella che spiegano quelli altri creditori i quali, profittando della esecuzione che costui va compiendo, reintegrano del pari coattivamente i loro diritti: ed in vero reintegrano, non solo

(1-2) Quando l'esistenza di un diritto è riconosciuta dal magistrato il diritto stesso viene, per ciò solo, a ricevere una qualche tutela: così, per l'ipotesi di un diritto stato leso, (e in specie ove il giudice abbia anche riconosciuto il diritto a reintegrarlo) desso, sempre per il solo fatto del riconoscimento in discorso, è in qualche modo reintegrato; ma simile reintegrazione è tutta ideale, tutta giuridica; il diritto leso, e conseguentemente il diritto a reintegrare l'altro, non saranno reintegrati *di fatto* che allorquando non sarà rientrata nel patrimonio di colui al quale spetta il diritto quell'utilità che ne era stata sottratta o altra equivalente.

(3) Diamo a questa espressione il significato secondo il quale si suole ordinariamente riferirla soltanto alla reintegrazione di un diritto creditorio, nè quindi, usandola in quel modo assoluto, farla servire p. e. a indicare la esecuzione per consegna o rilascio di beni.

effettivamente, ma in modo coattivo, così questi come quello; — prende forzatamente — (ci si permetta la materialità del paragone) tanto chi, spiegando una coercizione, ottiene da altri una qualche cosa, quanto colui che profitta di quella coercizione per ottenere coattivamente lui pure ciò che gli spetta. (1)

3. Si è detto nella monografia citata che, come vi è l'azione per tutelare giudiziariamente il diritto (loc. cit., § 1), vi è poi un'azione a tutelare la detta azione (loc. cit., § 2), e che per tal modo la sotto-azione a far giudicare dell'esistenza del diritto (loc. cit., § 3) viene ad essere tutelata da una sotto-azione della azione anzidetta (loc. cit., § 4). Abbiamo pur detto come, questa sotto-azione con la quale è tutelata la sotto-azione a far giudicare dell'esistenza del diritto, si scinde essa pure, fra le altre, (loc. cit., § 5) in una sotto-azione a tutelare *giuridicamente* la sotto-azione in parola mediante analogo riconoscimento giudiziale dell'esistenza sua. Quello che ora si è affermato per la sotto-azione a far giudicare dell'esistenza del diritto deve ripetersi per la sotto-azione esecutiva: sicchè qui pure avremo una sotto-azione con la quale la sotto-azione stessa è tutelata, e questa sotto-azione che la sotto-azione esecutiva tutela si scinderà in una sotto-azione a tutelare *giuridicamente* (2) la sotto-azione esecutiva col farne riconoscere la esistenza dal magistrato (quella p. e. che si esercita ove venga opposta la mancanza di titolo esecutivo, la perenzione del pignoramento ecc.).

(1) Che realmente, anche in questa ipotesi, si tratti di sotto-azione esecutiva, lo si vede chiaramente nel caso di giudizio di purgazione dalle ipoteche nel quale non si ha un creditore procedente eppure il giudizio stesso ha moltissimo di comune con l'esecuzione forzata; ragione questa per cui, nel nostro codice di procedura civile, le regole concernenti il giudizio predetto formano un capo del titolo — *Dell'esecuzione sopra i beni immobili.* —

(2) Di sotto-azioni a tutelare *di fatto* la sotto-azione esecutiva crediamo non possa assolutamente parlarsi.

4. Nella accennata monografia si è pure veduto (nel § 6) come ciascuna sotto-azione a far giudicare dell'esistenza del diritto si scinda in sotto-azioni minori frazionarie della sotto-azione anzidetta. Altrettanto analogamente, tenendo conto dell'indole diversa della sotto-azione a far giudicare del diritto di fronte a quella esecutiva, varrà appunto per quest'ultima: sicchè, considerando una data sotto-azione esecutiva, dovrà dirsi che essa si scinde in sotto-azioni minori correlative agli elementi dell'oggetto suo ultimo, il diritto da reintegrarsi, nonchè al fatto giuridico col quale si compie quella reintegrazione del diritto medesimo che costituisce l'oggetto della sotto-azione esecutiva (ved. loc. cit., § 6 in princip.; e capoverso, lett. *b*), e, nel modo stesso, per ciascuna di queste singole sotto-azioni minori, ai fatti materiali o giuridici mediante i quali si apre la via al compiersi della detta reintegrazione (loc. cit., § 6, capov., lett. *a*).

Correlativamente, s'intende, si scinderà in sotto-azioni minori la sotto-azione a far giudicare dell'esistenza della sotto-azione esecutiva.

B. 5. Volendo ora, per studiare più da vicino la sotto-azione esecutiva, considerarla nell'esercizio e conseguente svolgimento suo, ossia parlare della *esecuzione forzata,* occorre tener sempre presente che la sotto-azione esecutiva, a differenza di quella a far conoscere dell'esistenza del diritto, ossia di quella che, per maggior comodità di linguaggio, diremo sotto-azione di merito, (1) se consta dessa pure di quelle sotto-azioni di cui si è detto poco sopra, non vengono però con questo a esserne parte delle sotto-azioni a far giudicare. Chi compie l'esecuzione compie una serie di fatti (estrinseca-

(1) Ricordisi però che questione di *merito*, questione cioè sull'esistenza del diritto, si suole mettere in contrapposto anche alla questione sulla esistenza della sotto-azione, cioè alla questione procedurale.

cazione dell'esercizio della sotto-azione esecutiva e sotto-azioni sue) aventi per oggetto quelli altri fatti l'effettuarsi dei quali apre la via alla reintegrazione del suo diritto stato leso, e non chiede già nulla al giudice di quanto attiene almeno alla *jurisdictio* a lui propria. Potranno, durante lo svolgersi di quella serie di fatti, intersecarcisi dei *giudizi*, ma l'esecuzione forzata non è un *giudizio*, e solamente dando a questa parola un largo significato si parla, per le due principali parti in cui si divide la esecuzione, di un *giudizio di spropriazione* e di un *giudizio di graduazione.* — Il giudice, quando si ha il solo svolgersi della esecuzione, interviene sì nella medesima, ma non per spiegarvi la sua *jurisdictio,* bensì unicamente quell'*imperium* che egli condivide con tutti gli altri pubblici ufficiali; (1) l'intervento suo ha soltanto per oggetto l'assicurare la regolarità di quanto si compie nella esecuzione e l'aversi garanzia che l'esecuzione stessa, anche quando nessuno abbia elevate contestazioni sulla sua regolarità e chiamato il giudice a spiegare in proposito la sua *jurisdictio*, procede nel modo che, anche nell'interesse pubblico, è dalla legge prescritto; esempi dei quali interventi del magistrato sono: la parte che desso prende nella distribuzione del prezzo ricavato dalle cose colpite dall'esecuzione; il provvedimento di cui nell'art. 623 cod. proc. civ.; l'ordine di sospensione della vendita nel caso dell'art. 647 detto cod.; (2) i provvedimenti di cui negli art. 626 e 633 detto cod. ecc.

(1) Tanto ciò è vero che talvolta il pubblico ufficiale che interviene nell'esecuzione non è un magistrato; ved. p. e. l'art. 627 o l'art. 615 cod. proc. civ.

(2) Cioè di opposizione dell'attore nella domanda in separazione dei mobili pignorati: non manca chi ripete altrettanto per l'ordine di sospensione della vendita nel caso di opposizione del debitore pignorato (art. 645), sul che ved. Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. V, nn. 789, 799 e 805 e decisioni ivi citate.

Se, per tal modo, in quel complesso che dicesi esecuzione forzata non è dell'essenza sua che vi si comprendano dei giudizi, non per questo è escluso che dei giudizi possano esservi compresi: anzi è cosa molto ordinaria che quest'ipotesi si verifichi. Avviene spesso in fatti che si inframetta a interrompere il corso dell'esecuzione lo svolgimento di una delle sotto-azioni a far giudicare di cui diremo nel paragrafo seguente; il che essendo verranno a insinuarsi nella esecuzione delle controversie, e quindi dei giudizi, che, per tal modo, dovranno dirsi incidenti nella esecuzione, sia poi che, in quanto si tratti di controversie concernenti soltanto l'esistenza, nel suo insieme o in qualche sua parte, della sola sotto-azione esecutiva spiegata dal creditore procedente o da altri, possa dirsi una simil cosa in un senso analogo a quello che ha ove la si riferisca a una *lite* invece che a una *esecuzione forzata*, oppure che la si possa dire in un senso diverso e più lato in quanto ricorra il caso di una controversia di merito, che, in via d'eccezione contro il creditore procedente o in qualunque altro dei modi di cui diremo, venga ad insinuarsi nella esecuzione. (1) — Quando questo avvenga, quel tutto che chiamasi — esecuzione forzata — verrà ad essere formato, non solo dalla accennata serie di fatti materiali e giuridici, ma anche da

(1) Ved. Pescatore (nella decisione di cui nel Mattirolo, *loc. cit.*, vol., V, n. 868) il quale appunto, nel caso speciale di eccezione di merito sollevata dal debitore, dimostra che solamente alle prime può riconoscersi carattere di *incidenti* nell' esecuzione in un senso analogo a quello che la parola ha per gli *incidenti* nella lite: il che porta, o almeno si ritiene che porti, p. e. quella conseguenza cui appunto mirava il Pescatore nel distinguere caso da caso, la conseguenza cioè che mentre per le controversie costituenti nel detto senso meri incidenti dell'esecuzione, vale a dire per quelle che hanno per unico oggetto la esecuzione stessa, il termine ad appellare dalle sentenze nelle medesime pronunziate è più ristretto, nel caso invece che la controversia incidente nella esecuzione sia una controversia di merito le sentenze che vi si pronunziano sono, almeno per regola, appellabili nel termine ordinario.

dei giudizi i quali pure, al pari che i fatti predetti, concorreranno a conseguire l'oggetto della esecuzione, con la differenza però, rispetto al caso di una lite in cui sorgano dei giudizi incidentali, che mentre nel caso stesso i giudizi incidentali essendo accessorî di un principale (il giudizio principale, la lite) avente la loro stessa natura giuridica vengono con questo a formare un tutto costituente una unità vera e propria qual' è la lite, nel caso invece di controversie incidenti nell' esecuzione, e tanto più (per la ragione accennata di sopra) se trattasi di controversie di merito, formeranno con i fatti in cui la esecuzione si estrinseca un complesso simile a una unità, ma che unità vera non è; quei giudizi frammettentisi nella esecuzione forzata non saranno frazioni (pur essenti giudizi esse stesse) di un giudizio maggiore, così come è per gli incidenti nella lite, ma bensì giudizi distinti per quanto, più o meno strettamente, accessorî rispetto alla serie degli atti esecutivi, e rientranti in uno stesso complesso, l' — esecuzione forzata, — che quelli atti esecutivi (l'esecuzione in senso stretto) e questi giudizi comprende.

6. Procedendo nel nostro confronto fra la lite e l' esecuzione, è manifesto che, come nella lite, (ved. monogr. cit., § 16) così nell' esecuzione potranno, per dir così, svolgercisi varie forze, oltre quella, s' intende, della sotto-azione il cui esercizio determina appunto respettivamente la lite e l' esecuzione

1) In primo luogo, analogamente a ciò che si è visto per la sotto-azione a far giudicare di un diritto (monogr. cit., § 16 n.° 1) può, a quella esecutiva, essere opposta la *eccezione*, sostenersi cioè la inesistenza della sotto-azione esecutiva medesima in quanto si alleghi addirittura la inesistenza del diritto che intenderebbesi reintegrare e conseguentemente dell' azione di cui la sotto-azione esecutiva sarebbe

parte, oppure si sostenga la inesistenza unicamente della sotto-azione medesima, non affermandosi cioè, insieme, inesistenti il diritto e azione predetti (p. e. quando viene eccepita la non esecutività del titolo, la perenzione del pignoramento ecc.).

Ciò per il caso in cui nell'esecuzione si svolga, oltre la sotto-azione esecutiva esercitata dal creditore procedente, una sotto-azione a far giudicare del diritto da cui quegli trae la sua sotto-azione oppure giudicare di questa sotto-azione, ma trattisi sempre per conseguenza di un unico diritto che si vorrebbe reintegrare mediante l'esecuzione, o la cui inesistenza venga ad essere contestata: passiamo adesso a considerare il caso di più diritti cui la esecuzione, ivi compresi i giudizi nella stessa eventualmente incidenti, si riferisca.

2) Può primieramente il creditore che compie l'esecuzione iniziare fin da principio un'unica esecuzione per reintegrare dei distinti diritti, o avvenire la stessa cosa avendosi più creditori procedenti ad un'unica esecuzione: oppure il detto creditore o uno di questi creditori, può, in seguito, profittare della iniziata esecuzione per farci valere, all'oggetto di reintegrarli, altri suoi diritti, e ciò con lo spiegare in quella esecuzione pendente che egli ha iniziato o concorso a iniziare una sotto-azione esecutiva (ved. sopra, § 2) che avrà carattere di secondaria di fronte a quella o quelle principali col cui esperimento si è iniziàta e si prosegue la esecuzione; il che si ha p. e. quando il creditore espropriante mediante l'esecuzione immobiliare presenta domanda di collocazione per un suo credito chirografario. Ipotesi questa analoga all'altra di azioni distinte che, mediante le relative sotto-azioni, l'attore o più attori spieghino, fin da principio o successivamente, in una medesima lite (ved. monogr. cit., § 16 n. 2).

3) Può invece un terzo estraneo alla esecuzione intervenirvi (ved. monogr. cit., § 16 n. 4) e spiegarvi lui pure,

al pari del creditore che ha iniziata la esecuzione, delle sotto-azioni esecutive o delle sotto-azioni a far giudicare.

Si verifica primieramente una simile ipotesi quando, essendo stata iniziata un'esecuzione, un creditore avente parimente titolo esecutivo contro lo stesso debitore e che in qualche modo abbia agito o agisca lui pure contro il medesimo debitore e sulle medesime cose, si associ alle istanze del creditore procedente; del che si ha esempio se, nell' esecuzione immobiliare, avvenga che, prima della vendita, un altro creditore notifichi il precetto sugli stessi beni immobili, (cod. proc. civ. art. 661) e il secondo creditore che non può, per l'art. stesso, proseguire gli atti per la spropriazione, si associ alle istanze del primo creditore. (1) Nel qual caso sarà come se questo secondo creditore avesse fin dal principio, con un unico atto comune al creditore primo procedente, iniziata la spropriazione, e così per gli atti successivi. Un caso analogo di un intervenuto che, per quanto non sia (per dirla con l'art. 575) il creditore «che sostiene la procedura dell'esecuzione» o un interveniente associatosi alle sue istanze, pure prende una qualche parte attiva alla coazione contro il debitore, lo si ha nell'ipotesi di un creditore il quale faccia procedere a un pignoramento che però non viene eseguito in quanto l' usciere ne trovi già compiuto un altro e già delegato il custode (articolo 598 capoverso 1°), nel qual caso viene, in forza del capov. 2° del cit. art. 598, ad aversi opposizione sul prezzo: e lo stesso, rispetto all' indole giuridica della parte che costui viene ad avere nella esecuzione in cui intervenga, crediamo debba ripetersi, per l' esecuzione immobiliare, nell' ipotesi dell'art. 661 in princip. — Altro intervento si ha nel caso di

(1) Ved. Mattirolo, *Diritt. Giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. VI, n. 342, ed ivi citata decisione Cassazione Firenze, 29 dicembre 1881 (*Gazzetta legale*, 1882, 109, e *Annali*, XVI, I, 1, 18).

opposizione sul prezzo ricavato mediante l' esecuzione mobiliare, sia questa l' opposione che si fa nel modo indicato nell' art. 646, sia quella che viene ad aversi in forza dell'art. 648, quando si abbia una domanda in separazione fatta dopo la vendita: in tali casi però anche l' intervenuto spiegherà, al solito, una sotto-azione esecutiva, ma, la parte che egli verrà in questo modo a prendere nella esecuzione in parola, sarà secondaria (ved. sopra, § 2) di fronte a quella che vi ha il creditore procedente o gli intervenienti di cui ora si è detto, e, come tale, sarà regolata con norme diverse da quelle che concernono il creditore e intervenienti predetti (p. e. non vi è bisogno di titolo esecutivo). — Fin qui di coloro che intervengono nella esecuzione col fatto di spiegare una sotto-azione esecutiva, salvo poi, s' intende l' esercitarvi poscia anche una sotto-azione a far giudicare (p. e. nel caso del creditore opponente sul prezzo che contesta il credito di altro opponente) o l' essere esercitata contro di loro una simile sotto-azione (p. e. quando si contesti il credito dell' opponente sul prezzo): può avvenire invece che l' intervento si attui mediante l' esercizio di una sotto-azione a far giudicare di un diritto; del che si ha esempio nella domanda in separazione dei mobili o degli immobili colpiti dalla esecuzione (cod. proc. civ., art. 647, e 699). — Gli interventi nella esecuzione dei quali si è parlato finora hanno il loro termine d'analogia con l'*intervento volontario* nella lite.

Ma si ha un altro genere d' intervento, e questo d' indole tale che è assimilabile all'*intervento coatto*; così, quanto all' esecuzione immobiliare, il creditore espropriante fa, mediante la notificazione del bando, intervenire coattivamente nella esecuzione i creditori aventi ipoteca sull' immobile da espropriarsi; e, per la esecuzione mobiliare, il creditore pi-

gnorante fa, col pignoramento presso terzi, intervenire nella esecuzione stessa il terzo pignoratario.

Abbiamo detto che in tutti questi casi si avranno altrettanti *interventi* nella esecuzione: e che d'*intervento* si tratti non crediamo sia messo in dubbio; la stessa legge, a proposito per esempio degli opponenti sul prezzo (cod. proc. civ., art. 653) parla dell'*intervento* in rapporto alla opposizione sul prezzo che si può fare, non solo mediante un vero e proprio *intervento in causa* ove lo stato di assegnazione o ripartizione abbia appunto dato luogo a delle controversie, ma anche con l'intervenire nella esecuzione prima che sia accettato lo stato anzidetto; e questi creditori opponenti li chiama appunto « creditori intervenuti ». — Ciò ammettendosi, parrebbe si dovesse riconoscere pur anche che questi *intervenuti* nella esecuzione, dal momento che, volontariamente o coattivamente, vi sono appunto intervenuti, divengono *parti* nella esecuzione medesima: ciò è indiscusso per gli intervenuti in una lite, e non sapremmo veder la ragione per la quale non dovesse dirsi altrettanto per gl'intervenuti in una esecuzione, salvo, s'intende, le differenze che provengono dall'indole diversa di una *lite* e di un'*esecuzione forzata*. Invece mentre, in tema almeno di surrogazione al creditore il quale trascura l'esecuzione, non si contrasta, come vedremo fra poco, che l'intervenuto il quale si associa alle istanze del creditore procedente, o colui che avendo intrapreso un secondo pignoramento sugli stessi mobili trova compiuto quello precedente e si uniforma all'art. 598 cod. proc. civ., divengono *parti* nella esecuzione nella quale intervengono, tutti gli altri intervenuti si designano come *terzi* e si dice che le norme procedurali proprie all'esecuzione non valgono, ordinariamente almeno, per loro (1). Ora a noi pare

(1) Ved. Ricci, *Comm.*, III, nn. 45 e 106; Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, nn. 467 e 801 in nota, ed ivi citate decisioni Cassazione Torino, 12 marzo 1869 *(Giu-*

che in un simile concetto si nascondano varî equivoci che portano o possono portare ad erronee conclusioni. Niun dubbio che, almeno nella massima parte dei casi, questi intervenuti saranno, al pari dei precedenti, *terzi* rispetto al titolo esecutivo in ordine al quale si procede; niun dubbio pure che essi, sempre così come gli altri, saranno *terzi* rispetto alla sotto-azione esecutiva che il creditore procedente spiega contro il suo debitore, e che quindi giustamente, nel linguaggio della legge come in quello della scienza, si parla di un *terzo pignoratario*, di un *terzo possessore* ecc., ma tutto ciò non implica che essi, intervenuti che siano nell'esecuzione, non divengano *parti* nella medesima, siano poi parti principali o secondarie. Anche nel caso di intervento in una lite l'interveniente è spesso terzo rispetto al contratto di cui si disputi, e lo è sempre rispetto a quella speciale domanda che l'attore spiega contro il convenuto, e in questo senso egli è e rimane un *terzo* (ved. cod. proc. civ., art. 203 e 205), ma nessuno, ripetiamo, sosterrebbe che l'intervenuto in una lite non vi diventi *parte*, sicchè, per esempio, posto che, come dice l'art. 1351 cod. civ., « l'autorità della cosa giudicata non ha « luogo ... che ... tra le medesime *parti* », potesse impugnarsi che la sentenza pronunziata in una lite in cui sia intervenuto taluno ha per lui pure, e tutta quantà, forza di cosa giudicata. E, anche rispetto alla esecuzione, chi, per esempio, negherebbe che il *terzo possessore* è *parte* nella esecuzione iniziata contro il debitore della somma a garanzia della quale esiste l'iscrizione ipotecaria gravante il fondo del terzo possessore medesimo? — Si guardi bene però che, se diciamo diventare questi intervenuti *parti* nella esecuzione, questo non significa disconoscere quanto si è detto di sopra, cioè che non

risprudenza, 1869, 258, e *Annali*, III, I, 1, 59) e 12 giugno 1883 (*Legge*, 1884, 1, 700).

sono loro quelli che principalmente o ausiliariamente sostengono la procedura della esecuzione, e che quindi essi sono parti secondarie nella esecuzione, nè l'affermazione nostra per conseguenza porta a negare minimamente che, conforme si deve, la legge tien conto delle differenze fra *parte* e *parte*, sicchè le regole procedurali proprie alla esecuzione forzata (comprese, al solito, in questa espressione le controversie nella medesima incidenti) non valgono sempre ugualmente per tutte. (1) Ma

(1) Ciò, per esempio, molto probabilmente deve dirsi, nel caso di esecuzione mobiliare, per la surrogazione di altro creditore a quello che sosteneva la procedura della esecuzione e che abbia trascurato di continuarla (cod. proc. civ., art. 575): incliniamo in fatti a credere che fra « i creditori che presero « parte all'esecuzione mobiliare » la legge intenda comprendere soltanto quelli che abbiano presa una parte attiva negli atti esecutivi pur non essendo il creditore procedente o uno dei creditori procedenti, nè (che sarebbe lo stesso) essendosi associati alle istanze di questi, quelli cioè, per dirla col Mattirolo (*loc. cit.*, vol. V, pag. 358) che hanno « cooperato al movimento e « sviluppo » della esecuzione; ossia, per conseguenza, i creditori che sono venuti indirettamente a fare opposizione sul prezzo stante l'essersi verificato il caso di cui nei capoversi 1° e 2° dell'art. 598, non anche gli altri creditori direttamente e semplicemente opponenti nel modo di cui nell' art. 646. — Ciò non vuol dire per altro che, per quanto sia diversa la parte che i primi e i secondi prendono nell'esecuzione, essi, sebbene *intervenuti* nella esecuzione, e non associatisi alle istanze del creditore procedente, non divengano *parti* nella esecuzione medesima. Come si è ora detto, una tal cosa viene, nel tema appunto di surrogazione, riconosciuta per i creditori di cui nel capoverso 1° dell'art. 598 per i quali gli atti esecutivi intrapresi si risolvono in una « *opposizione sul prezzo della vendita* » (cit. art. 598, capov. 2°), e non vi sarebbe ragione per dire una cosa diversa per coloro che intervengono mediante una diretta opposizione sul prezzo (art. 646), o una opposizione che non sia prodotta da un pignoramento intrapreso, ma bensì dalla domanda in separazione fatta dopo la vendita (art. 648) — Nel senso di negare la facoltà della surrogazione ai creditori semplicemente opponenti sul prezzo ved., oltre il Mattirolo, Scialoia, Foschini, Mattei, Cuzzeri e Dettori ivi citati. Il Ricci (*Comm.*, ediz. 2.ª, vol. III, n. 60) dice il contrario senza addurre alcuna ragione: pur dubitando, ripetesi, che la opinione sua non sia accoglibile di fronte al nostro codice, facciamo però rilevare la sua implicita affermazione che anche i creditori puramente opponenti sul prezzo divengono *parti* nell'esecuzione.

questo criterio è molto differente da quello che combattiamo, e tale differenza, come avremo occasione di vedere nel seguito di questa monografia nonchè in quella successiva, non ha, come potrebbe parere a prima giunta, un' importanza solamente teorica.

Che il nostro principio, e non l' altro generalmente accettato, sia quello cui si è ispirato il nostro legislatore, lo vedremo fra poco allorchè indagheremo quale dei due si concili con le disposizioni della legge intorno ad alcuni punti speciali propri alla materia dell' esecuzione forzata: prima però ci occorre esaminare un po' meglio il principio predetto in rapporto al caso del terzo pignoratario. Esso pure, abbiamo detto, essendo fatto coattivamente intervenire nella esecuzione, viene ad esservi *parte*: bisogna però tener conto che, intervenire in una esecuzione, non vuol dire che l' intervento medesimo, una volta compiuto, duri sempre fino all'esaurimento della esecuzione, e come, per esempio, l' attore in una domanda di separazione di mobili cessa di prendere una parte qualsiasi alla esecuzione in cui è intervenuto dal momento in cui è decisa la relativa controversia, così il terzo pignoratario non è altrimenti, per le due ragioni che ora diremo, parte nella esecuzione quando, nella sua dichiarazione (fatta, s' intende, in quel modo che occorre perchè abbia valore giuridico) si è negato detentore dei mobili pignorati o debitore della somma colpita dalla esecuzione. — La prima fra le dette ragioni è veramente radicale: il terzo pignoratario cessa, nel caso accennato, di essere parte nell' esecuzione in quanto cessa la stessa esecuzione. Pur presupposto che il terzo sia in realtà detentore dei mobili o debitore della somma è sempre un po' anomalo che sia coattivamente tratto in una esecuzione e debba di questa risentire non pochi effetti, chi quasi sempre è terzo rispetto al titolo esecutivo

in ordine al quale si procede o che almeno non è certamente colui contro il quale si compie la esecuzione: e ciò è tanto più anomalo in quanto la presunzione accennata è molto debole sicchè assai spesso non risponde alla realtà delle cose, e più apparisce tale ove, quanto al pignoramento di mobili presso terzi, la si paragoni a quella che assiste chi pignori i mobili presso il debitore. Ciò non ostante, senza dire della necessità delle cose, la presunzione accennata giustifica l'ammissione del pignoramento presso terzi: però quando il terzo nella sua dichiarazione nega di essere detentore o debitore, o per quel tanto che nega una tal cosa, sorge la presunzione contraria, ed è naturale che, venuto a mancare quello che giustifica un tal genere di esecuzione, venga meno anche la esecuzione. Simil cosa non toglie per altro che, se si inizi la controversia circa la proprietà dei mobili o la esistenza del debito, e la controversia medesima abbia esito favorevole al creditore pignorante, la esecuzione possa riprender vita; (1) caso analogo questo a quello della istanza, e della lite per conseguenza, che aveva cessato di esistere col passaggio in giudicato della sentenza e che riprende vita allorchè si esperimenti il mezzo della rivocazione, o anche della cassazione per coloro i quali ritengono che l'esperibilità del mezzo della cassazione non impedisca il passaggio in giudicato di una sen-

(1) Anche dunque secondo il nostro concetto, non solo naturalmente non negasi che le controversie sulla verità della fatta dichiarazione nascano in una esecuzione, ma neppure che, rimanendo una tal qual vita alla esecuzione e potendo questa riprendere pieno vigore, le controversie stesse mantengano un legame con la esecuzione in parola, e vi si rannodino per modo da potersi dire che le medesime, in un senso molto lato, s'inframettono in una esecuzione; nè quindi, ad affermare che il concetto nostro è proprio anche alla legge, troviamo ostacolo nell'art. 657 cod. proc. civ. il quale, per rimuovere ogni dubbio circa l'essere il termine ordinario quello ad appellare dalle sentenze pronunziate nelle dette controversie, fa menzione anche di queste sentenze fra le altre « *pronunziate nei giudizi di esecuzione mobiliare* ».

tenza. (1) La esecuzione, se così vuol dirsi, esisterà anche quando la ipotesi di dichiarazione negativa si verifichi e il creditore procedente non si dia per vinto, ma la sua esistenza sarà tutta passiva così come lo è quella della procedura di un giudizio perento cui non sopravvive altro valore che quello necessario a che non vengano meno le prove e le sentenze pronunziate. (2) — Che se anche (e questa è la seconda fra le ragioni dalle quali abbiamo detto giustificato ciò che sosteniamo rispetto al terzo pignoratario) non si volesse parlare di cessazione della esecuzione, ci par manifesto che il terzo il quale, senza avere alcun diritto da far valere nella esecuzione, vi è fatto intervenire coattivamente, dovrebbe sempre, nonchè andare esente da certe regole più rigorose del procedimento esecutivo, essere addirittura, una volta che non sussiste più la presunzione in forza della quale si è agito contro di lui, anzi si ha quella contraria, considerato come estraneo alla esecuzione.

Dicevamo poco sopra come le singole disposizioni della legge contenenti le norme procedurali proprie alla esecuzione forzata rispondessero al concetto da noi propugnato circa i terzi che vengono ad aver parte nella esecuzione: e ciò che affermavamo per quanto concerne i terzi in genere ripetiamo per quello che si è detto or ora intorno al terzo pignoratario: a giustificare la asserzione nostra offriremo alcuni esempi che ci sembra stiano appunto a confermarla.

Primo di tutti vorremmo addurre quello della competenza per territorio speciale alle controversie che sorgano nella esecuzione e alla quale sono soggetti anche tutti coloro che in qualsiasi modo intervengono in una esecuzione: ciò per altro

(1) Ved. monografia — *L'organismo della lite*, — §§ 19 e 20.
(2) Ved. la precedente monografia, specialmente nei §§ 7 e 8.

rientra nel tema della monografia a questa susseguente e sarà quindi nella medesima che, dimostrando quel che ora si è detto, avremo campo di vedere che in realtà, tanto in genere (1) quanto nel caso speciale del terzo pignoratario, (2) la legge si ispira al principio da noi sostenuto.

Altro esempio, ed eloquentissimo del pari, lo si ha in ciò, che anche nelle controversie, siano pure di merito, le quali vengano sollevate da o contro questi così detti *terzi*, il pretore (per parlare semplicemente della esecuzione mobiliare), ove non sia lui stesso competente a giudicare delle controversie stesse, rinvia *d' ufficio* e *a udienza fissa* davanti a chi di ragione (ved. art. 614; 616 argom. a contr.; 647; 652 capoverso ultimo, ecc.), il che essendo proprio delle controversie incidenti nella esecuzione, implica, secondo noi, che tali siano appunto anche quelle sollevate da o contro gli intervenuti medesimi, e che per conseguenza dessi i quali sono parti in quelle controversie debbano necessariamente dirsi parti in quella esecuzione in cui le controversie stesse rientrano. — E questo argomento che ci pare confermi sì bene il nostro assunto, lo conferma sempre meglio ove lo si applichi al caso speciale del terzo pignoratario: abbiamo dimostrato come questo continui ad essere parte nella esecuzione solamente ed in quanto dichiari di essere detentore dei mobili del debitore pignorato colpiti dalla esecuzione, o debitore della somma parimente colpita: ora nell'articolo 616 vediamo appunto che, mentre in tutti gli altri casi di cui nell'art. 614 e nello stesso art. 616, il pretore rinvia d' ufficio e a udienza fissa all'autorità competente, quando invece, essendosi avuta una dichiarazione nel senso accennato, sorga controversia sulla verità della dichiarazione medesima, il pretore deve rin-

(1-2) Ved. monografia seguente, §§ 26-33.

viare sulla istanza della parte e non ad udienza fissa. Ecco, ne concludiamo noi, che anche secondo la legge il terzo pignoratario, per quanto intervenuto, anzi intervenuto coattivamente, diviene parte nella esecuzione, e cessa di esserlo solamente quando cessa la esecuzione.

Una nuova conferma delle idee nostre la troviamo in quanto attiene alla materia dei termini ad appellare dalle sentenze pronunziate in una esecuzione: ed in vero, per dire soltanto del caso di esecuzione mobiliare, la legge (art. 657), derogando ai termini più ristretti, propri agli appelli stessi, per le sentenze pronunziate sopra domanda in separazione dei mobili, e, in caso di pignoramento presso terzi, per quelle indicate nell'art. 616, non viene a esonerare dai termini stessi tutti coloro che intervengano in una esecuzione mobiliare senza essere le parti principali; è manifesto in fatti che ne esclude gli opponenti sul prezzo (art. 646, 652; 598; e 648): (1) e anche per coloro a favore dei quali la detta eccezione viene introdotta, non lo è rispetto ad ogni sentenza ma solamente per quelle di merito, quale appunto è quella sopra la domanda in separazione dei mobili pignorati, o quella sentenza sulla controversia sorta dall'impugnazione della dichiarazione ne-

(1) Non ci si obietti che in ogni modo l'art. 656 concernente la limitazione del termine ad appellare riguarda soltanto le sentenze intorno a controversie che costituiscano veri *incidenti* dell'esecuzione (ved. sopra nota a pag. 168) ossia le sentenze non di merito: quando pure in fatti questa tesi fosse in genere realmente accettabile, nel tema speciale di *terzi*, in cui appunto noi siamo, non si capirebbe perchè la legge la quale ha sentito il bisogno di escludere le controversie di merito in cui sia impegnato l'attore nella domanda in separazione o il terzo pignoratario (e questo potrebbe essere un argomento per ritenere che non fosse lo stesso art. 656 che di per sè escludesse le controversie di merito) avesse, senza una ragione, omesso di fare altrettanto per i terzi opponenti sul prezzo. In ogni modo poi è manifesto che sarebbe sempre vero per le questioni non di merito che gli opponenti stessi, benchè *terzi*, sono soggetti al termine più ristretto in parola.

gativa emessa dal terzo per la quale soltanto l'art. 657, riferendosi unicamente alle controversie di cui nell'art. 616, accorda al terzo pignoratario i termini ordinari ad appellare: anzi nemmeno per ogni sentenza di merito il terzo pignoratario ha il termine ordinario giacchè, senza dire di quella sulla questione che si ritenesse poter essergli dato di fare intorno all'inesistenza del credito per cui agisce il creditore procedente, è di merito la sentenza (1) che nella contumacia del terzo a far la dichiarazione lo abbia dichiarato detentore dei mobili o debitore della somma e condannatolo a farne la consegna o il pagamento, eppure, ripetiamo, l'articolo 657 non esclude che le sentenze sulle controversie di cui nell'art. 616. (2)

4) Finalmente, come due cause fra loro connesse possono essere riunite a formarne una sola, (ved. monografia — *L'organismo della lite,* — § 16, n. 5) così in una esecuzione già pendente può venire ad unirvisi e fondercisi un'altra esecuzione connessa alla prima per identità del debitore e di ciò che è colpito dalla esecuzione (cod. proc. civ., art. 598 in princip.).

C. 7. Nel modo stesso che nella prima fra queste monografie si è visto per la sotto-azione a far giudicare e sotto-azioni sue, così dobbiamo adesso dire per la sotto-azione

(1) Ved. in fine al § 9 della monografia seguente.

(2) In questo senso, e in tema anche della facoltà di fare *opposizione* alle sentenze contumaciali, ved. Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. V, n. 872 e *conf.*, ivi citati, Sorgente, Ricci e Dettori; ved. pure nel senso med. Cassaz. Firenze, 29 luglio 1875 (*Giurisprud. ital.*, XXVII, 1, 850), e idem, 22 luglio 1878 (*Giornale dei Tribunali*, VII, 877); *contr.*, Cassaz. Napoli, 16 aprile 1872 (*Legge*, XII, 14); Appello Torino, 9 ottobre 1872 (*Giurisprudenza*, X, 46); Cassaz. Napoli, 29 luglio 1881 (*Gazzetta legale*, 1882, 45); idem, 20 agosto 1881 (*Annali*, XVI, I, 1, 392 ed ivi nota): idem, 1º febbraio 1882 (*Gazzetta del Procuratore*, 1882, 258).

esecutiva e sotto-azioni in cui si scinde che eccezionalmente desse si estinguono anche avanti che, mediante l'esercizio loro, sia stato raggiunto l'oggetto che alle medesime è proprio (p. e. nel caso di perenzione del pignoramento): ordinariamente invece si estinguono allorchè appunto detto oggetto è stato conseguito.

DELLA COMPETENZA

IN RAPPORTO ALLA ESECUZIONE MOBILIARE

SECONDO IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO

D) Competenza per connessione o continenza di causa.

1. Nella monografia a questa precedente si è visto quale indole giuridica abbia in sè stesso e confrontato con la *lite*, quel complesso di fatti, ed eventualmente anche di giudizi, che chiamasi *esecuzione forzata*. Basterà ricordare quanto in proposito abbiamo detto perchè se ne deduca facilmente il criterio fondamentale che deve appunto dominare, e che domina anche secondo il nostro codice di procedura, la materia della competenza in rapporto alla esecuzione forzata mobiliare. La lite, abbiamo visto, è un tutto formante una vera unità giuridica, ed è per questo che la legge, meno eccezionalissimi casi, (1) osserva sempre il principio che tutta la lite deve (salvo, s'intende, i vari gradi di giurisdizione) svolgersi davanti allo stesso giudice, e non già, scindendosi sotto tale rispetto la unità anzidetta, esser concesso di andare, direm così, peregrinando da giudice a giudice facendo decidere una parte della lite, o delle controversie che vi sorgono, a questo giudice ed altre a dei giudici diversi. (2) La esecuzione

(1) Uno di questi si ha nell'ipotesi delle questioni di falso che sorgono nei giudizi commerciali o pretoriali, cod. proc. civ., art. 406 e 431; altro esempio ce ne offre l'art. 869 cod. di commercio.

(2) Ved. cod. di proc. civ. art. 98 e segg., e si notino le difficoltà che, dal volersi rispettare il principio stesso, provengono in caso di eccezioni, do-

forzata, come parimente si è detto, ha indole ben diversa dalla lite: essa, a differenza di questa, è quasi sempre un complesso, non una unità, e quindi, se altre ragioni non vi si oppongano, quelle per le quali il principio anzidetto vale rispetto alla lite non ostano a che le varie sue parti, comprese le controversie nella stessa incidenti, si svolgano davanti ad autorità giudiziarie diverse, o a pubblici uffiziali diversi. E anche quando, avendosi unicamente la vera e propria esecuzione, cioè quel complesso di fatti in cui si estrinseca l'esercizio delle sotto-azioni esecutive, trattasi realmente di una unità giuridica, non si vede in ciò un impedimento ad ammettere quanto ora dicevamo; del che si ha esempio nel caso di cui nell'art. 627 del cod. di proc. civ., in quello dell'articolo 615 cod. stesso, ecc. (1)

Di questi criteri così generali vediamo ora la applicazione alle singole ragioni di competenza.

A) Competenza per materia.

2. Dovendo, in conseguenza di quel che si è detto di sopra, procedere per distinzioni fra parti e parti di quanto si svolge o può svolgersi nella esecuzione forzata, e, in specie, in quella mobiliare, diremo che la sotto-azione esecutiva che è l'anima, per così esprimerci, della esecuzione, ha sempre,

mande riconvenzionali ecc. per le quali la competenza sia diversa da quella propria alla domanda principale; delle quali difficoltà si ha traccia visibile p. e. in quelli art. 101 e 102 cod. stesso ispirati a criteri, piuttostochè scientifici, di pura opportunità. Per parte nostra poi constatiamo che il legislatore osserva il principio accennato nel testo, ma non intendiamo con questo pregiudicare la questione se giuridicamente fosse ammissibile che, per lo meno, si facessero delle eccezioni in molto più larga misura al principio medesimo.

(1) È inutile il dire che parlando di — competenza — in rapporto alla esecuzione vera e propria, non ai giudizi che vi si insinuino, quella parola

per sua natura, indole civile.(1) Abbia pure, il diritto che mirasi con la medesima a reintegrare, indole p. e. commerciale, ciò non altererà minimamente la natura giuridica della sotto-azione in parola: ben si comprende come debba essere il contrario per la sotto-azione a far giudicare di un diritto per la quale l'essere suo s'impronta appunto in rapporto all'essere di quel diritto il cui riconoscimento costituisce il suo oggetto; ma, per la sotto-azione esecutiva, la reintegrazione del diritto leso la quale costituisce quell'oggetto a lei proprio in relazione del quale, al solito, si determina il suo essere giuridico, cambia indole soltanto correlativamente al variare del fatto (e quindi delle cose sulle quali questo si compie) con cui la reintegrazione si compie, sia poi l'uno o l'altro il diritto al cui servizio viene spiegata la sotto-azione stessa. E, quando diciamo che la sotto-azione esecutiva ha indole civile, intendiamo, ben si comprende, dire una tal cosa riferendoci non solamente alla sotto-azione principale che determina e informa l'esecuzione forzata, ma a tutte le altre sotto-azioni esecutive che possono esservi spiegate.

3. Passiamo ora a parlare della competenza per materia in rapporto alle controversie che sorgano durante la esecuzione, in rapporto cioè a quelle sotto-azioni a far giudicare il cui esercizio si identifica con lo svolgimento appunto di quelle controversie.

a) 4. Le sotto-azioni in parola possono avere per oggetto precisamente il far giudicare della sotto-azione esecutiva

non avrà il senso ordinario riferita com'è ad atti del magistrato che non sono emanazione di quella potestà che è precipua in lui — la *jurisdictio*, — ma di quell'altra che dicesi — *imperium* — e che egli, anche nel caso speciale dell'esecuzione, condivide con altri pubblici ufficiali.

(1) Questo appunto è detto nella Relazione al Re intorno al cod. di proc. civ. là dove si tratta della competenza in rapporto alla esecuzione forzata.

o delle sotto-azioni in cui questa si scinde, può cioè trattarsi di controversie che sorgano sulla legalità della esecuzione indipendentemente dal fatto di quella inesistenza del diritto riconosciuto nel titolo esecutivo ricorrendo la quale, non che mancare la sotto-azione esecutiva, farebbe addirittura difetto l'azione di cui questa dovrebbe esser parte: in simile ipotesi è manifesto che, se ha sempre indole civile l'oggetto ultimo loro che è appunto il sotto-diritto di cui la sotto-azione esecutiva rappresenta l'esercizio, desse pure avranno sempre indole civile; si avrà il caso analogo a quello di una sotto-azione di merito la quale, finchè avrà per oggetto ultimo un diritto e correlativa obbligazione avente indole civile, avrà essa pure necessariamente indole civile. Questo riconosce e sanziona il nostro codice di proc. civ. col suo art. 570. — Altrettanto naturalmente si dica per le questioni sull'esistenza della sotto-azione esecutiva spiegata da altri che non sia il creditore procedente, e così per ogni altra controversia procedurale incidente nella esecuzione e per le disposizioni che concernono simili controversie.

b) 5. Spesso però le sotto-azioni che determinano le controversie incidenti nell'esecuzione forzata hanno per oggetto il far giudicare dell'esistenza di un diritto, si insinua cioè nella esecuzione forzata l'esercizio di una sotto-azione non solo a far giudicare, ma precisamente a far giudicare di un diritto, ossia una sotto azione di merito. (1) — Per queste non può ripetersi quanto ora si è detto per le sotto-

(1) Tale però non sarebbe la sotto-azione a far giudicare sulla interpretazione da darsi a una sentenza che abbia appunto giudicato intorno a un diritto; e quindi, ove si tratti della esecuzione forzata di una sentenza commerciale, e venga a sorgere una simile controversia intorno alla sentenza stessa, non si potrà, qualificandola come controversia di merito e non di esecuzione, rimetterla alla competenza commerciale. Ved. in questo senso Mattirolo, *Diritt.*

azioni a far giudicare dell'esistenza di una sotto-azione esecutiva indipendentemente dall'esistenza dell'azione e diritto correlativo: quando si controverte di un diritto, il diritto stesso e la corrispondente obbligazione possono avere indole commerciale invece che civile, e, questo avvenendo, non ricorre alcuna delle difficoltà che nel caso analogo si avrebbero ove si trattasse di una lite anzichè di una esecuzione forzata; starà ferma la competenza civile per la esecuzione, ma non per questo le accennate controversie di merito potranno e dovranno meno spiegarsi davanti il competente magistrato commerciale.

6. Non è contestabile, nè, crediamo, contestato, che appunto al principio ora esposto si conforma il nostro codice di proc. civ. col suo art. 570. In tale articolo in fatti, dopo essersi stabilito che le controversie sull' esecuzione (sottinteso — forzata —) delle sentenze civili o commerciali sono di competenza, a seconda del valore, del tribunale civile o del pretore nella cui giurisdizione si fa l'esecuzione, si dichiara nel 2° capov. dell' art. stesso che la disposizione ora detta si applica anche quando il titolo esecutivo sia un contratto « salvo che la questione cada sull'esistenza, sull' entità, « o sull' interpretazione di un' obbligazione di competenza dei « tribunali di commercio, i quali in questi casi ne conoscono, « osservate le norme stabilite dalla legge per la loro com« petenza ». Ecco, si dice, (1) che ogni qualvolta può in una esecuzione aversi una controversia d'indole commerciale, la

giudiz., (ediz. 3ª) vol. V, n. 450, ed ivi citati *conf.*, Borsari, *Comm.*, sull'art. 570, e decis. Cassaz. Roma, 9 febbraio 1878 (*Giornale delle leggi*, 1878, pag. 93) e 23 gennaio 1880 (*Gazzetta legale*, 1880, pag. 164); *contr.*, Scialoja, *Comm. al cod. di proc. civ. sardo*, V, 1, § 274; Dalloz. *Répert*, voc. *Compétence commerciale*, n. 385; App. Torino, 2 maggio 1871 (*Giurisprudenza*, 1871, pag. 494).

(1) Ved. principalmente Cassaz. Roma, 23 genn. 1880 (*Gazzetta legale*, 1880, 164, e *Annali*, XIV, I, 1, 120, e in Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, n. 449).

legge ha voluto rispettare la competenza dei tribunali di commercio: e questo ha appunto fatto stabilendo una tal regola per il caso di esecuzione forzata degli atti contrattuali spediti in forma esecutiva, regola che non ha ripetuta anche per l'esecuzione delle sentenze giacchè in questa seconda ipotesi potrà, per quel che riguarda il diritto del creditore procedente, aversi una controversia sull'*eseguibilità* della sentenza che lo riconosce, non già sulla esistenza (1) di quella obbligazione commerciale intorno alla quale ha ormai deciso la sentenza che trattasi di eseguire. — E su ciò, in massima, concordiamo noi pure; ci sembra però che se ordinariamente il ragionamento ora riferito corrisponderà al vero, possano però darsi dei casi in cui questo non avvenga. È cosa ammessa da tutti che, per quanto il titolo esecutivo sia una sentenza, pure, anche *in executivis*, può sollevarsi, purchè non sia di troppo lunga indagine, la questione del pagamento e della compensazione: (2) or, questo essendo, e ove appunto una simile controversia venga ad intromettersi in una esecuzione, è manifesto che si avrà esecuzione di una sentenza, e che, ciò non ostante, nello svolgimento della medesima potrà, ove la obbligazione di cui si sostiene l'estinzione per pagamento o compensazione sia commerciale, insinuarsi una controversia « sull'esistenza, sull'entità, o sull'in-« terpretazione di un'obbligazione di competenza dei tribunali « di commercio », nè quindi essere altrimenti vero quello che abbiamo detto venir affermato intorno ai motivi dell'art.

(1) Naturalmente qui, e sempre, parlando di — *esistenza* — di un diritto e della corrispondente obbligazione, comprendiamo sotto la espressione stessa il — modo d'essere — di quella esistenza, e quindi quella — *entità* — e quella — *interpretazione* — cui anche accenna il cit. capov. dell'art. 570 in rapporto alla obbligazione commerciale.

(2) Ved. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, n. 253, ed autori e decisioni ivi citate in nota.

570 capov. 2°. — Ove l'ipotesi ora detta si dia, per la questione di merito che abbiamo accennata dovrà rispettarsi la competenza commerciale, oppure dovrà questa venir meno? Se dovessimo stare alla sola logica giuridica la domanda non sarebbe neppur proponibile: ma noi, ancor più della logica giuridica, dobbiamo rispettare la legge, nè, per parte nostra, incliniamo punto a pretendere di rifare la legge col pretesto d'interpretarla. Però la detta disposizione ci sembra che non induca la necessità, per osservare la legge, di violare i principî. Certamente che a prima giunta parrebbe dovesse dirsi il contrario: l'art. 570 in fatti incomincia col parlare delle « con-« troversie sull'esecuzione delle sentenze », ripete poi la stessa formula applicandola ai — provvedimenti — di cui nel capov. 1° dell'art. med., e quindi, nel capov. 2°, dice che la disposizione emanata in principio « si applica .... alle controver-« sie sull' esecuzione degli atti contrattuali .... salvo che la « quistione cada sull'esistenza, sull'entità ecc. »; sicchè sembrerebbe che, come tale questione di merito della quale passa a parlare, rientra fra le « controversie sull'esecuzione degli « atti contrattuali, » così, ove una questione consimile si sollevi nella esecuzione di una sentenza o provvedimento avente forza di sentenza, la questione dovesse intendersi compresa fra le « controversie sull' esecuzione delle sentenze » di cui trattasi in principio dell'articolo in parola, nè quindi potesse per la medesima parlarsi di competenza commerciale. Abbiamo visto però quali siano i motivi che unanimemente si ritiene aver determinata la distinzione fra controversie sull' esecuzione delle sentenze e controversie sull'esecuzione dei contratti; e certamente non possono, almeno ci sembra, addursi dei motivi diversi: ora, se quello che gli si attribuisce da tutti senza neppur rilevare la difficoltà della quale parliamo, è stato veramente il concetto del legislatore, se, in altre pa-

role, si ritiene e bisogna ritenere che desso, in conformità di quella comune opinione, sia partito dal presupposto che nell' esecuzione delle sentenze non possano, sempre nei rapporti fra coloro (creditore e debitore) a favore e contro il quale è respettivamente il titolo esecutivo in ordine al quale si procede, sorgere questioni di merito, bisogna concluderne che, fra le « controversie sull' esecuzione delle sentenze » di cui parla in princip. l' art. 570 non si comprendano le possibili controversie di merito. — Per lo meno, che così debba ragionarsi, dovrebbe grandemente dubitarsene, e, se questo è, fra due interpretazioni a dir poco egualmente possibili è giusto si scelga quella per la quale non si viene ad attribuire al legislatore di essersi nel modo più manifesto messo in contradizione con quel principio che egli stesso ha rispettato per le controversie d' indole commerciale che sorgano nell' esecuzione degli atti contrattuali, e quindi, per analogia, si applichi al caso di simili controversie di merito avutesi nell' esecuzione di una sentenza quello che il legislatore nel capov. 2° dell'art. cit. dispone per le controversie di merito dal debitore pignorato sollevate nella esecuzione di un atto contrattuale.

Tutto quanto ora si è detto per le controversie di merito che si sollevino dal debitore nell'esecuzione di una sentenza in genere deve ripetersi per il caso speciale di esecuzione delle sentenze dei conciliatori, ossia per l' ultimo capov. dell'art. 570; nè per conseguenza, nella disposizione in parola, si troverà ostacolo a che, sorgendo una delle controversie accennate, il pretore davanti al quale si svolge l' esecuzione mobiliare giudichi delle medesime nella qualità di magistrato di commercio, o che, dovendo rimettere una di simili controversie alla competenza superiore, la rinvii al tribunale di commercio anzichè a quello civile. — Anzi il capo-

verso ultimo dell' art. 570 offre un argomento di più per ritenere che nel capov. stesso, come in princip. dell'art. medesimo, il legislatore parlando di « controversie sull' esecu« zione delle sentenze » abbia inteso indicare unicamente le controversie non di merito: vedremo in fatti al suo luogo che se la legge, per le controversie tutte che sorgono nell' esecuzione, deroga sempre alla competenza dei conciliatori, non deroga però mai alla competenza superiore a quella del pretore, ossia a quella dei tribunali; ora se le controversie di cui parla l' art. 570 nel detto capov. ult. al pari che in princip. sono controversie non di merito, ma cadenti soltanto sulla procedura della esecuzione, le controversie stesse il cui valore si determina dal credito per cui si procede (art. 75 n. 1) non potranno mai avere un valore eccedente la competenza del conciliatore che ha pronunziata la sentenza in cui si riconosce quel credito, e quindi si spiegherà come il detto capov. ult. dell'art. 570 disponga, senza poi introdurvi eccezione alcuna, che le controversie accennate « sono de« cise dal pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione »: ma se invece si ritiene possa trattarsi anche delle questioni di merito sopraccennate, e precisamente di quella della compensazione, bisognerebbe dire che la legge, nell' ipotesi appunto di compensazione opposta nella esecuzione di una sentenza di conciliatore, avrebbe derogato a quella competenza superiore per ragione di valore che ricorresse rispetto alla compensazione, e ciò mentre che coll' art. 100 n. 2 la ha voluta rispettare ove la compensazione sia opposta nel giudizio di merito, e, peggio ancora, mentre la ha rispettata nello stesso art. 570 ove si tratti della esecuzione di un atto contrattuale.

7. Qualunque cosa si voglia pensare intorno a quello che ora si è detto, certo è, come abbiamo veduto, che la legge

accoglie il principio che, se una controversia commerciale sorge in una esecuzione, non per questo si deroghi alla competenza che per materia le è propria. E il principio stesso, e l'art. 570 che ci si conforma, dovrà (sempre in tema di esecuzione mobiliare) applicarsi non solo per le controversie di merito fra creditore procedente e debitore pignorato che in via d'eccezione sollevinsi contro quella sotto-azione esecutiva propria al creditore procedente cui è manifesto che unicamente si riferisce l'art. 570, (1) ma anche analogicamente per le controversie parimente di merito che sollevi il terzo pignoratario e che debbano dirsi incidenti nella esecuzione, così come si avrebbe ove il terzo medesimo, quando ciò siagli concesso di poter fare, sollevasse la questione della inesistenza nel creditore procedente del credito in ordine al quale questi agisce: (2) e altrettanto si dica per quelle altre controversie di merito alle quali dia causa l'esercizio di altre sotto-azioni esecutive che s'innesti allo svolgersi di quella del creditore procedente; vogliamo parlare delle questioni di merito, che, quando si abbia un creditore opponente sul prezzo (cod. proc. civ., art. 646), si elevino da lui o contro di lui.

8. Quello che ora si è detto nell'ipotesi di opposizione sul prezzo parrebbe dovesse ripetersi nel caso di chi intervenga nella esecuzione a spiegarvi un'istanza di merito, nel caso cioè di quella domanda in separazione dei mobili pignorati che essenzialmente si risolve in una controversia sulla proprietà dei mobili stessi. Qui però l'art. 647 cod. proc. civ.

(1) Una tal cosa, ripetiamo, ci pare evidente: notiamo del resto che, in fatto di controversie che si elevino nell'esecuzione, è soltanto nell'art. 579 (opposizione a precetto mobiliare) e nell'art. 660 (opposizione a precetto immobiliare), nei quali trattasi appunto di controversie derivate da eccezioni di merito o di procedura contro la sotto-azione esecutiva del creditore procedente, che il legislatore si riferisce all'art. 570.

(2) Ved. più innanzi § 31 e segg.

che dispone intorno alle domande predette non permette quell'applicazione analogica di cui ora abbiamo parlato. Dice infatti il capov. 1° dell'art. cit. che il pretore, dopo ordinata la sospensione della vendita, pronunzia egli stesso sulla domanda in separazione « se sia competente per valore; quando non sia « competente rimette le parti a udienza fissa davanti il *tribu-* « *nale civile* ». Certamente non sembraci possibile trovare una giustificazione a questa deroga alla competenza per materia, deroga tanto più strana in quanto concerne chi, com' è appunto l'attore nella domanda in separazione, è uno di coloro che sono terzi di fronte ai rapporti giuridici fra creditore e debitore riconosciuti, e, diremo, sanzionati nel titolo esecutivo; ma, dall'altro canto, la disposizione della legge ci pare non ammetta dubbi su quella deroga, menochè, s'intende, non si voglia addebitare al legislatore l'assurdo di aver disposto che il pretore debba rinviare davanti a quel tribunale civile che può essere incompetente, ma, nel tempo stesso, non abbia inteso inibire a questo tribunale di dichiararsi incompetente ove riconosca avere la causa indole commerciale. (1)

9. In un altro caso può, sempre per le controversie incidenti in una esecuzione, aversi che il magistrato civile debba giudicare di una questione commerciale: questo avviene quando nella contumacia del terzo pignoratario citato per far la dichiarazione, egli, dal pretore o dal tribunale, venga (in ordine all' art. 614 capov. 1°) « dichiarato detentore dei « mobili, o debitore della somma, e condannato a farne la

(1) *Conf.*, Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. V, n. 801; Appello Brescia, 30 gennaio 1875 (*Annali*, IX, II, 471); Cassaz. Torino, 30 giugno 1882 (*Monitore dei tribunali di Milano*, 1882, 345); Appello Milano, 10 ottobre 1882 (*Annali*, XVII, III, 62) — *Contr.*, Cassaz. Napoli, 9 febbr. 1881 (*Legge*, 1881, 734); Cassaz. Roma, 25 marzo 1881 (*Annali*, XV, I, 1, 315, e *Legge*, 1881, 541).

« consegna o il pagamento »: per le disposizioni in fatti del cit. art. si ha che è il pretore, evidentemente non in veste di giudice commerciale, o il tribunale civile, quello che giudica di quanto si è detto, anche allorchè, ove il terzo fosse comparso e fosse nata controversia sulla detta detenzione o il detto debito, si sarebbe trattato di una controversia commerciale. È manifesto però che se, ripetiamo, può per tal modo avvenire che il giudice civile conosca di una questione commerciale, ciò non ostante, attesa l' indole specialissima del giudizio che nel detto caso emette il magistrato, può appena parlarsi di deroga alla competenza commerciale. Ben si comprende poi che tutto questo diciamo in quanto facciamo nostra l' opinione di coloro i quali ritengono che la sentenza la quale nella ipotesi in parola vien pronunziata sia veramente una sentenza, che quello del magistrato sia, nel caso stesso, un atto della sua *jurisdictio* non del solo *imperium*; (1) chè se, conforme non pochi sostengono, (2) dovesse dirsi il contrario, è evidente come, non che di deroga alla competenza commerciale, non potrebbe neppur parlarsi di competenza nel senso che ha tal parola riferita, secondo le è proprio, alla repartizione della *jurisdictio* fra i varî magistrati.

10. Quello che, per le controversie aventi natura commerciale, si è detto circa alla rimessione loro davanti al giudice competente, crediamo debba analogamente ripetersi quando nell'esecuzione mobiliare, e per conseguenza davanti al pretore, fosse allegata la falsità di un documento. È notissimo in fatti che simili questioni sono dagli art. 431 e 406 cod.

(1-2) Ved. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, nn. 751 e 767 e segg., nonchè gli autori e le decisioni ivi citate. Agli argomenti che si adducono per sostenere l'opinione da noi accolta può aggiungersi questo, che, se non si trattasse di sentenza vera e propria ma bensì di un semplice atto d'imperio, il pretore sarebbe sempre competente per valore, ed invece l'art. 614 dispone il contrario.

proc. civ. sottratte alla competenza dei pretori: nè ci par dubbio che, nulla disponendosi per il caso che l'eccezione della falsità sia spiegata nell'esecuzione, debba applicarsi anche in simile ipotesi quello che si è visto valere ove si tratti d'incompetenza stante l'indole commerciale della controversia.

B) Competenza per valore

11. Come si è fatto rispetto alla competenza per materia così anche per quest' altro genere di competenza diciamo prima di tutto della vera e propria esecuzione, ossia della sotto-azione esecutiva di cui il creditore procedente, od altri, svolgano l'esercizio. — Tenendo conto al solito delle differenze essenzialissime che corrono fra simili sotto-azioni e quelle il cui svolgimento costituisce una controversia qualsiasi, non potrà, rispetto alle prime, ossia rispetto a quelli atti che nella esecuzione deve compiere il magistrato, parlarsi di valore della esecuzione stessa nel senso che simile espressione ha in rapporto alla competenza a giudicare di una controversia, nè quindi tenersi conto del valore proprio al diritto che si tratti di reintegrare. Il magistrato, e precisamente, nel caso nostro di esecuzione mobiliare, il pretore, non spiega, compiendo i detti atti, la sua *jurisdictio,* ma bensì unicamente l'*imperium* che pure gli è proprio, tanto è ciò vero che, come abbiamo avuta occasione di accennare, i detti atti possono talora essere compiuti da pubblici ufficiali che non siano magistrati: e, sulla maggiore o minor gravità di quella serie di atti, non influisce il valore del diritto che, con la esecuzione, si intende reintegrare, ma piuttosto la natura giuridica del fatto col quale si compie la reintegrazione e quindi di ciò, sia una cosa o un credito, su cui si compie questo fatto, ossia su cui cade la esecuzione, e la impor-

tanza maggiore o minore che correlativamente verrà ad avere l'esecuzione, tanto rispetto alla moltiplicità e difficoltà degli atti che esiga, quanto all'interesse pubblico che venga ad esservi più o meno impegnato. È appunto per questo criterio che la esecuzione mobiliare si svolge, quanto ai detti atti,(1) con l'intervento del pretore (sempre come — pubblico ufficiale —) e mai, per regola,(2) del conciliatore, mentre a quella immobiliare presiedono i tribunali per mezzo di uno dei loro membri o anche, per certi atti, collegialmente.

12. Veniamo adesso a parlare delle controversie che in qualunque modo s'insinuano nella esecuzione.

a) 13. Incominciando al solito dalle controversie non di merito, e per primo, da quelle che abbiano per oggetto unicamente l'esistenza di una sotto-azione esecutiva sia questa quella che spiega il creditore procedente o altri, diremo come, ogni volta che la controversia stessa abbia, tenuto conto di quanto stabilisce l'art. 75 cod. proc. civ., un valore tale che il giudicare della medesima non rientri nella competenza del pretore, dovrà ripetersi quel che si è visto trattando della competenza per materia, e il pretore riterrà e deciderà la controversia se per valore è di sua competenza, la rinvierà invece al tribunale ove sia di competenza superiore: questo appunto dispone il nostro codice di procedura civile con l'articolo 570 in princip. e capov. 1° e 2°. — Altrettanto, sempre per le controversie non di merito, si dica degli art. 614; 616 in quanto concerne le questioni — di pura forma intorno alla fatta dichiarazione — o analogica-

(1) Ved. nel § 5 della precedente monografia gli esempi di simili atti ivi citati e i relativi articoli del cod. di proc. civ. che giustificano, di fronte alla legge stessa, ciò che ora affermiamo.

(2) Un'eccezione la si ha p. e. nel caso dell'art. 578 capov. ult. cod. proc. civ.

mente le questioni non — di pura forma intorno alla fatta dichiarazione — ma sempre però procedurali (p. e. quella sulla pignorabilità del credito) e che non sono quindi la questione di merito cui si riferisce l'art. 616 medesimo, la questione cioè intorno alla verità della fatta dichiarazione;(1) 645; (2) 646; 647, e 652 capov. ult.; articoli tutti, i quali, o espressamente accennano doversi rispettare la competenza per valore, o almeno nulla contengono che implichi deroga alla competenza medesima.

14. Per simili controversie (di quelle di merito diremo più innanzi) che da chiunque si sollevino in una esecuzione si verifica in realtà una deroga (se di deroga, per le ragioni che diremo, si può parlare) alla competenza per ragion di valore, ma ciò riguarda unicamente la competenza inferiore a quella propria ai pretori; vogliamo naturalmente dire della competenza dei conciliatori. Dispone in fatti il capov. ult. dell'art. 570 che « le controversie sull'esecuzione delle sentenze « dei conciliatori sono decise dal pretore del mandamento in « cui si fa l'esecuzione »: e, ritenuto che, parlandosi di controversie sull'esecuzione di sentenze, il legislatore intenda riferirsi alle controversie concernenti la procedura della esecuzione e il cui valore quindi si determina dal credito per cui si procede (n. 1 dell' art. 75), ne deriva appunto che vengano ad essere di competenza del pretore delle controver-

(1) Ved. più innanzi § 31 e segg.

(2) Secondo la Cassaz. di Firenze (decis. 5 giugno 1876, *Legge*, 1876, I, pag. 749, e *Annali*, X, I, 1, 385) l'« autorità competente » di cui parlasi in quest'articolo sarebbe sempre invece il pretore; ma ciò dice evidentemente in quanto la Cassaz. stessa ritiene un semplice atto *d' imperio* il provvedimento di sospensione della vendita anche nel caso che ciò avvenga (e questa è appunto l'ipotesi dell'art. 645) dietro opposizione del debitore. Ved. su ciò Mattirolo, *Diritt. Giudiz.*, (ediz. 3.ª) vol. V, n. 789, e nella precedente monografia, nota 2 a pag. 167.

sie che sarebbero di competenza del conciliatore, ma non può derivarne che gliene siano deferite delle altre per le quali, in ragione di valore, sia competente il tribunale. E lo stesso si dica, circa questa deroga alla competenza dei conciliatori, per le controversie non di merito che si elevino fra creditore procedente e debitore espropriato durante la esecuzione forzata di un atto contrattuale, per le quali controversie l'art. 570 non fa che riferirsi (le disposizioni speciali riguardano le controversie di merito) a ciò che dispone per quelle che sorgano nell'esecuzione delle sentenze. — Quanto in fine alle controversie non di merito che possano aversi fra altre parti nell'esecuzione che non siano il creditore e il debitore pignorato, gli articoli citati in fine del paragrafo precedente mentre non fanno mai parola di competenza dei conciliatori, riservano sempre però espressamente o per lo meno non escludono la competenza del tribunale. — Ed è, per tutte queste ipotesi, ben naturale che sia così come abbiamo detto, giacchè se (senza alcuna ragione una volta esclusa l'individuità dell'esecuzione quanto ai magistrati che possano interloquirci) si sarebbe avuta una vera e propria deroga alla competenza per valore ove la attribuzione di competenza nel pretore si fosse fatta per le controversie di valore superiore a quello pretoriale, appena di deroga può parlarsi (1) quando si tratta di competenza inferiore e di una giurisdizione specialissima come quella dei conciliatori che male soddisfarebbe alle necessità di una esecuzione forzata.

b) 15. Quella stessa regola del rispetto alla competenza superiore per ragion di valore che abbiamo visto non venir meno perchè una controversia non di merito sorga in

(1) Com'è noto in fatto di competenza vale, almeno ordinariamente, il principio che la domanda maggiore trae seco la minore. Ved. autori e decisioni citate dal Mattirolo, *loc. cit.*, vol. I, nota 2 a pag 649, e nota 1 a pag. 650.

una esecuzione mobiliare, neppure, com' è naturale, vien meno ove si tratti di controversia di merito. Questo appunto devesi dirsi in rapporto al capov. 2° dell'art. 570 ognorachè simili controversie sorgano nell'esecuzione di un atto contrattuale, e, per analogia al caso stesso o anche a quello delle controversie non di merito delle quali tratta l'art. stesso in princip., deve ripetersi altrettanto per le controversie di merito che sorgano fra creditore e debitore pignorato nella esecuzione di una sentenza. Il che, per quanto concerne l'art. 570, diciamo senza fare eccezione alcuna perchè ci sembra evidente che, quando nel cit. capov. 2° dell' art. 570 dicesi che, delle controversie commerciali incidenti nella esecuzione di un atto contrattuale, ne conoscono — *i tribunali di commercio*, — debbasi dare a questa espressione il significato generico di — magistrati di commercio, — e quindi nulla vieti che, se la controversia d'indole commerciale non supera la competenza del pretore questi, come giudice commerciale, possa e debba giudicarne: che se quella espressione presa da sola potesse ingenerare qualche dubbio, non solo la logica giuridica lo rimuoverebbe, ma sarebbe eliminato dalla stessa legge che, dopo aver detto come delle accennate controversie ne conoscono i tribunali di commercio, aggiunge « osservate « le norme stabilite dalla legge per la loro competenza ». (1) — Quanto poi, per quelle fra le controversie di merito incidenti in una esecuzione mobiliare che sono contemplate da un tale articolo, abbiamo detto rispetto all'art. 570, deve, per tutte le altre consimili controversie, ripetersi di fronte all'art. 614; (2) all'art. stesso in quanto è, per analogia, ap-

(1) Conf. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, n. 448.

(2) Come si è visto in fine del § 9, il provvedimento col quale il terzo pignoratario che non si è presentato a fare la dichiarazione venga dichiarato detentore dei mobili o debitore della somma e condannato a farne la conse-

plicabile a quelle controversie di merito che dal terzo pignoratario o contro di lui possano essere sollevate dopo la fatta dichiarazione (1) e che, non essendo la questione di merito « intorno alla fatta dichiarazione » di cui nell'art. 616, debbono dirsi incidenti nell'esecuzione; (2) all'art. 646; e a quello 647; disposizioni tutte nelle quali, come abbiamo detto di sopra per le controversie non di merito contemplate dagli articoli stessi, o dichiarano dovere il pretore giudicare solamente in quanto non sia, per ragione di valore, competente il tribunale, o almeno nulla contengono da cui possa arguirsi una deroga alla competenza per valore.

16. Analogamente a quanto si è detto, sempre in tema di competenza per valore, per le controversie non di merito incidenti in una esecuzione forzata mobiliare, dobbiamo ripetere per le controversie di merito incidenti similmente in una tale esecuzione, che, se di deroga alla competenza per valore potesse in simil caso parlarsi, questa la si avrebbe rispetto a quella propria ai conciliatori. Ed in vero nè l'art. 570 capov. 2°, da applicarsi anche, per analogia, (3) al caso di questioni di merito che sorgano, fra creditore pignorante e debitore pignorato, nell'esecuzione di una sentenza, nè così

gna o il pagamento, è una vera e propria sentenza risolvente una questione di merito.

(1) Alludiamo a una questione sulla inesistenza del credito nel creditore procedente, dato che il terzo pignoratario possa sollevare simile questione.

(2) Trattando (ved. più innanzi § 31 e segg.) della competenza per connessione o continenza di causa avremo luogo di giustificare quello che qui si accenna.

(3) Ricordiamo che, per le ragioni svolte a suo luogo, noi riteniamo che l'art. 570, parlando in princip., nel capov. 1° e nel capov. ultimo di « controversie sull'esecuzione » di sentenze o provvedimenti aventi forza di sentenza, intenda riferirsi al caso ordinario (— ordinario — trattandosi di esecuzione di sentenze) che le controversie in parola non siano di merito.

del pari gli altri articoli citati in fine del paragrafo precedente, fanno parola di rinvio che il pretore debba mai fare al conciliatore.

C) Competenza per territorio.

17. Si è superiormente avuta occasione di osservare come, per la sotto-azione esecutiva, il suo essere, la sua vita giuridica, sia connessa con ciò su cui cade l'esecuzione forzata. Da questo deriva disporre la legge che il magistrato davanti al quale si svolgerà la esecuzione mobiliare e si spiegheranno quindi la sotto-azione o sotto-azioni esecutive del creditore procedente, o quelle che altri eserciti nell'esecuzione stessa, sia il pretore od altro magistrato o pubblico ufficiale (ved. p. e. cod. proc. civ., art. 578 e 627) del luogo ove la esecuzione si compie, ossia di là dove esiste la cosa, o, risiedendo (per residenza o domicilio) il debitore del nostro debitore, esiste, per così dire, il credito che si intende colpire (competenza *ratione rei sitae*): ciò salvo il caso, per qualche parte di ciò che attiene al pignoramento dei mobili presso terzi, che non si determini invece dalla residenza o domicilio del terzo (cod. proc. civ., art. 611, n. 6) non coincidenti con la località ove i mobili si trovano, sempre supposto che la residenza o il domicilio del terzo *presso* il quale si pignorano i mobili, e il luogo ove questi si trovano, possano non coincidere.

18. Dovremmo ora parlare della competenza territoriale rispetto alle controversie che sorgano durante la esecuzione, ma poichè mentre, come si è visto, quella connessità che deriva dall' essere contenute in una esecuzione è un fatto indifferente rispetto alla competenza per materia e per valore, il contrario invece è ove di competenza territoriale si tratti, così di una tal competenza rispetto alle controversie mede-

sime diremo parlando, il che appunto stiamo per fare; delle regole della competenza per connessione o continenza di causa applicate per analogia al caso della esecuzione forzata.

D) Competenza per connessione o continenza di causa.

19. Incominciamo al solito dalle sotto-azioni esecutive parlandone primieramente in rapporto alla competenza per connessione.

a) 20. La connessione fra più sotto-azioni può in primo luogo derivare da accessorietà dell'una all'altra (ved. cod. proc. civ., art. 103). Di tale rapporto di accessorietà il quale non solo altera la competenza territoriale ma anche quella per materia e per valore, di tale rapporto, dicevamo, non può naturalmente parlarsi per un'esecuzione di fronte ad altra esecuzione, e neppure, per il nostro codice almeno, viene riconosciuto come interveniente fra il giudizio di merito e la esecuzione forzata che si compia in base alla sentenza ottenuta mediante il giudizio medesimo.(1)

b) 21. Com'è noto, ove si tratti di sotto-azioni a far giudicare di un diritto, vi è un'altra connessione derivante dall'identità di una parte di quanto individualizza un'azione come un diritto (*causa, oggetto* e *soggetti*). Questo genere di connessione deroga talvolta, quando delle prevalenti ragioni di competenza non vi si oppongano, a quella per territorio, ed è quindi necessario che, in relazione a quest'ultima competenza, ci occupiamo del detto genere di connessione di causa. — Che non possa parlarsi di competenza per tale connessione fra una sotto-azione esecutiva ed una a far giudicare è di per sè evidente ove si rifletta che, in simile ipotesi

(1) Ved. su ciò Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. V, n. 441 e segg.

si avrà sempre una tale diversità di *oggetti* da non potersi parlare di quella riunione dello svolgimento delle due sotto-azioni che è l'effetto proprio alla connessione stessa e che determina un'eventuale alterazione di competenza territoriale. — Il contrario deve dirsi per una sotto-azione esecutiva di fronte ad altra sotto-azione esecutiva aventi lo stesso *oggetto* nel senso di identità della cosa su cui cade la esecuzione: è chiaro però che, in tale ipotesi, la connessione in discorso non avrà campo d'influire sulla competenza territoriale, e ciò in quanto simile connessità determinerebbe precisamente quella competenza territoriale che, indipendentemente dal fatto stesso, è assegnata alle sotto-azioni esecutive: la connessità medesima non avrà altro effetto, ove siamo nel caso di un secondo pignoramento iniziato quando ne era cominciato, ma non compiuto, un altro, che di riunire in una sola le due esecuzioni cadenti sulle stesse cose (ved. cod. di proc. civ., art. 598 in princ.). Dal che deriva anche che la facoltà che il creditore ha, e che è analoga a quella per la quale l'attore, quando non ostino altre ragioni di competenza, può spiegare in un'unica lite più sotto-azioni di merito aventi la stessa competenza territoriale, non potrà mai, per effetto della detta ipotesi di competenza per connessione (e lo stesso per la competenza territoriale), venir meno nel creditore procedente, e tutto si ridurrà a non potere esercitare separatamente le dette sotto-azioni esecutive.

c) **22.** Come sappiamo, delle sotto-azioni esecutive possono dal debitore procedente o da altri essere svolte in una esecuzione già pendente. La connessione derivante dalla continenza nella esecuzione (diremo per analogia con l'espressione — continenza di causa —) produrrà in simile ipotesi, se non lo determinasse la necessità delle cose, che per le sotto-azioni che si insinuano, per dir così, nella esecuzione

si avrà la stessa competenza territoriale che è propria alla esecuzione di cui entrano a far parte. E del resto, se non fosse la continenza di causa e la necessità predetta, il solo fatto della identità d'*oggetto* (sempre nel senso di identità della cosa colpita) che, in detta ipotesi, bisogna presupporre in loro, porterebbe identità di competenza territoriale.

Simil cosa dovrà naturalmente dirsi per le singole sotto-azioni in cui la sotto-azione esecutiva si divide messe in rapporto appunto con questo tutto in cui rientrano.

23. Passiamo ora a trattare l'argomento di fronte alle controversie, aventi oppur no carattere di controversie di merito, che si svolgano nella esecuzione mobiliare, siano poi sollevate fra creditore e debitore, o da questi contro altri, o viceversa da questi secondi contro i primi.

a) 24. Le controversie incidenti in una esecuzione e che costituiscano una questione di merito, possono, così come avviene per le cause che non vengano ad essere incidenti di una esecuzione forzata, essere in rapporto di accessorietà con altra causa esaurita o tuttora pendente. Altrettanto può avvenire ove la controversia stessa non sia una controversia di merito, e di quest'ultima ipotesi si ha esempio nel caso di esecuzione provvisoria e per le controversie che durante la medesima sorgano appunto circa la provvisorietà della esecuzione (ved. cod. di proc. civ., articolo 484). Quando si abbia questa accessorietà la controversia stessa sarà soggetta a quella competenza per materia, per valore e per territorio che la accessorietà, e la conseguente connessione, determina, non quella che avrebbe altrimenti di per sè stessa o per altre ragioni di competenza per connessione o continenza di causa; la competenza stante l'accessorietà prevale sulle altre, nè, in quel modo stesso che si è visto rispetto alla competenza per materia o per valore, può la connessione

derivante dalla continenza nella esecuzione essere di ostacolo a che la controversia stessa sia rinviata davanti il giudice competente per la causa principale. — Quanto alle controversie fra debitore e creditore l'art. 570 cod. cit. fa menzione soltanto della incompetenza del pretore per materia o valore rispetto alle controversie che vengano ad insinuarsi nella esecuzione, ma ciò non toglie che l'incompetenza stessa debba determinarsi, non solamente di fronte all'indole o al valore che hanno le controversie medesime, ma anche per un'altra ragione di competenza (la connessione per accessorietà) la quale alteri la competenza per materia o valore che si avrebbe per l'accennato titolo dell'indole e del valore della controversia. — Altrettanto naturalmente si dica per gli altri articoli più volte citati nei quali si accenna alla incompetenza del pretore per le controversie incidenti nella esecuzione mobiliare ma non sollevate fra debitore pignorato e creditore pignorante.

b) **25.** I giudizi che si svolgano durante un'esecuzione possono essere connessi stante l'identità di *causa*, di *oggetto*, o di *soggetti*, con altri giudizi contemporaneamente pendenti, e, com'è noto, e come abbiamo avuta occasione di accennare, questa connessità, ove più forti ragioni di competenza non vi si oppongano, importa competenza nel giudice prima adito per l'altra causa connessa cui la nuova vien riunita e quindi deroga talvolta alla competenza per territorio. Nel caso che una simile controversia connessa per detto titolo con altra già pendente sia appunto sorta in una esecuzione crediamo debba ripetersi quanto ora si è detto per una controversia che non formi incidente di una esecuzione: sola differenza fra i due casi crediamo sia questa, che siccome, secondo sappiamo, la esecuzione non ha quel carattere d'individuità che è proprio alla lite, così la connessione di cui ora trattiamo non troverà mai nella con-

tinenza nella esecuzione e nella competenza territoriale che, conforme vedremo, ne è conseguenza (1) un ostacolo a spiegare i suoi effetti in rapporto alla competenza per territorio, e quindi, in simile ipotesi, nel modo stesso che, nel caso della incompetenza per materia, per valore o per connessione stante l'accessorietà, si è visto come il giudice della esecuzione deve rinviare a quell'altro giudice il quale per i detti titoli sia competente, così qui avremo che egli dovrà non solo rinviare a un altro giudice, ma far ciò per un magistrato territorialmente diverso. (2) — Nè (sembraci manifesto) l'art. 570 cod. proc. civ. osta a quanto ora abbiamo asserito; l'art. stesso parla di competenza per territorio nei giudici del luogo ove si fa l'esecuzione, ma ciò non impedisce che simile disposizione concernente un titolo *ordinario* di competenza territoriale, qual' è quello della competenza per territorio, si concili con quelle relative all'altro *eccezionale* e *d'ordine pubblico* della competenza per territorio derivante dalla connessione, così come, con le disposizioni concernenti quest' ultimo titolo di competenza, si conciliano le altre relative alla competenza territoriale per le controversie non incidenti in una esecuzione (cod. di proc. civ., art. 104 posto in correlazione all'art. 90 e segg.); tanto meno poi, per le ragioni sopraccennate, lo impedirà quel

(1) Come tutti sappiamo, la competenza territoriale occupa, per così dire, l'ultimo gradino nella scala delle competenze; e questo che in una controversia qualsiasi vale per la competenza in parola, ove si tratti di controversia incidente in una esecuzione vale rispetto alla competenza per continenza nell'esecuzione che, siccome fra poco diremo, determina appunto una data competenza territoriale con la quale può (e questa è precisamente la ipotesi di cui trattiamo) trovarsi in conflitto la competenza territoriale determinata invece dalla connessione della controversia stessa con una causa pendente.

(2) Ciò è ritenuto anche dal Dettori, *Dell'esecuzione sui beni mobili*, n. 156, e dal Mattirolo *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. V, n. 461: *conf.* Cassaz. Firenze, 25 febbr. 1878 (*Annali*, XII, I, 1, 202) e Appello Firenze, 21 giugno 1881 (*ibid.*, XV, III, 220).

fatto della continenza in una esecuzione che determina la competenza territoriale anzidetta. È inoltre manifesto che, quel motivo del volere impedire la contrarietà dei giudicati per il quale la connessione di causa forma una ragione di competenza, ricorre per una controversia incidente in una esecuzione al pari che per altra controversia qualsiasi. — Questi argomenti che valgono per l'art. 570 valgono pure, nel caso di controversie non intercedenti fra il creditore e il debitore, per gli altri articoli già citati nei quali, trattandosi di simili controversie incidenti nella esecuzione mobiliare, si accenna alla competenza territoriale del luogo dell'esecuzione o almeno la si presuppone.

c) **26.** Ci resta ora da parlare della competenza per continenza di causa. — Abbiamo veduto fino da principio di questo nostro studio, e si è poi dovuto continuamente ripeterlo, che la esecuzione forzata non forma, così com'è della lite, un tutto inscindibile in rapporto a ciò che non possa concorrere in uno stesso giudizio l'opera di giudici diversi: il che naturalmente implica che non si possa, rispetto ai giudizi incidenti nella esecuzione, parlare di competenza per continenza di causa nel senso che davanti allo stesso giudice debba incominciare e finire il giudizio, ed implica pure che perdano la loro ragion d'essere quelle certe tal quali deroghe alla competenza per materia o valore di cui negli art. 101 e 102 cod. proc. civ. — Per le controversie stesse però l'entrare a far parte di una esecuzione non potrà essere una circostanza indifferente, e, come ha parecchi altri effetti procedurali, ne ha ancora rispetto alla competenza: la continenza nella esecuzione infatti porta che per le controversie in parola si abbia una speciale competenza per territorio, (1)

(1) Naturalmente dicendo ciò che stiamo per affermare non teniamo conto dell'eccezionalissima ipotesi di cui in fine del § 17.

la quale è precisamente quella dell'esecuzione e quindi la competenza determinata dal luogo ove la esecuzione si compie. Ma ciò naturalmente non implica necessità alcuna, per poter rispettare la competenza territoriale derivante dalla continenza nella esecuzione, di derogare a quella per materia o per valore, e non esclude poi possa, la competenza stessa, essere derogata da quella eccezionale competenza per territorio derivante da connessione stante l'accessorietà o l'identità di elementi, che, come si è visto, è prevalente sulla competenza per territorio e su quella continenza nella esecuzione che determina la competenza territoriale medesima: il che ripetasi per il caso che la controversia incidente in una esecuzione costituisca già subietto di una lite distinta (*litispendenza*), o, che è lo stesso, dessa o una sua parte, sia contenuta in altra lite già pendente (*continenza di causa*). (1)

27. Il principio che per le controversie tutte che sorgano nella esecuzione la competenza territoriale loro sia una competenza speciale a simili controversie, questo principio, dicevamo, è accolto dal nostro legislatore. (2) Per le controversie fra creditore e debitore lo vediamo accolto nell'art. 570. (3)

(1) *Conf.* App. Bologna, 14 settembre 1875 (*Legge*, XVI, 282),

(2) Ved. nella decis. Appello Napoli, 19 luglio 1867 (*Annali*, II, II, 255) un'applicazione di questo principio, e in particolare dell'art. 570 che vi si conforma, al caso di opposizione fatta dal debitore al precetto mobiliare mentre pende la sua *opposizione* alla sentenza contumaciale titolo esecutivo in ordine al quale si procede, e per questioni che non siano già contenute in quanto forma materia della detta *opposizione* alla sentenza contumaciale.

(3) Ci pare così manifesto non contenersi in tale articolo eccezione alcuna al principio in parola che non ci fermiamo a combattere l'opinione del Ricci (*Comm.*, vol. III, n. 155 in fine) secondo il quale quando nel capov. 2° dell'art. stesso, parlandosi delle controversie commerciali, si dice, che ne conoscono i tribunali di commercio « osservate le norme stabilite dalla legge per la loro « competenza » il legislatore avrebbe inteso alludere anche alla competenza territoriale, e quindi, sempre secondo il Ricci, il principio anzidetto circa la com-

— Altrettanto per le controversie, che, nella esecuzione forzata mobiliare, si svolgano in confronto di altre parti nell'esecuzione stessa che non siano quelle principali sopraccennate, il creditore pignorante cioè e il debitore pignorato; la competenza territoriale anzidetta la vediamo in fatti stabilita nell'art. 614: nell'art. 616 argom. *a contr.*; in quello 646 messo in rapporto al 563; nell'art. 647; e finalmente nel capov. ultimo dell'art. 652.

28. Che non solo per le controversie, qualunque si siano, fra creditore e debitore e per le quali dispone l'art. 570, ma anche per le altre di cui negli articoli ora accennati, la legge faccia ricorrere una competenza speciale, è incontestabile e incontestato, ed è ammesso quindi implicitamente che simile speciale competenza valga anche per coloro che non sono il creditore pignorante o il debitore pignorato. — Se questo col fatto si ammette, si formula invece, quasi rispondesse ai criteri seguiti dal legislatore, il principio (ispirato al solito concetto, da noi combattuto nella precedente monografia, che alle norme procedurali proprie alla esecuzione non siano soggetti i così detti *terzi*) per il quale la competenza per territorio speciale alle controversie incidenti nella esecuzione ricorrerebbe, particolarmente nel caso di controversie di merito, soltanto rispetto al creditore procedente e al debitore pignorato, non anche per i detti *terzi*. (1) In conformità della quale opinione troviamo, quanto almeno all'art. 647, asserito come « a rigore di logica il creditore pignorante che, nel giu« dizio di separazione dei mobili rivendicati, diventa un con-

petenza per territorio propria alle controversie incidenti in una esecuzione forzata soffrirebbe eccezione rispetto alle controversie commerciali. — Del resto può vedersi in proposito e nel senso nostro il Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª), vol. V, n. 448 ed ivi citato come *conf.* Cuzzeri, *Comm.* sull'art. 570, nota 8.

(1) Ved. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, n. 467 e 801 in nota.

« venuto, dovrebbe essere citato davanti al giudice del luogo « del suo domicilio ». (1) Rispetto invece all'art. 616 posto in rapporto al 614 è appunto nell'articolo stesso che si vede un'applicazione del principio sopra esposto e di quello che presuppone; il terzo pignoratario, dicono essi, è, come esprime la stessa parola usata per nominarlo, un *terzo*; per lui non valgono quindi le norme procedurali che regolano la competenza a giudicare delle controversie incidenti nelle esecuzioni: ed è perciò che, nel caso di pignoramento presso terzi, se, dopo emessa la dichiarazione circa la detenzione dei mobili o l'esistenza del debito « insorgano controversie intorno alla fatta « dichiarazione, le quali non siano di pura forma » l'art. 616 dispone che valgano per le controversie medesime le norme ordinarie di competenza territoriale.

29. Abbiamo veduto nella precedente monografia come coloro i quali volontariamente o coattivamente intervengono in una esecuzione sono quasi sempre terzi rispetto al titolo esecutivo in base al quale si procede, e lo sono poi sempre di fronte alla vera e propria esecuzione, a quella sotto-azione esecutiva cioè che ha per unici soggetti il creditore che la spiega e il debitore in danno del quale è spiegata, ma che non per questo si possono costoro dire *terzi* rispetto a quella esecuzione cui prenderanno una parte secondaria, ma una parte pur ce la prendono: e, se questo è, il ragionamento sopra esposto viene naturalmente a mancare di base. Ma, pur prescindendo da un simile fatto, uno degli argomenti con i quali abbiamo sostenuto che i detti intervenuti non possano dirsi *terzi* rispetto alla esecuzione, servirebbe in ogni modo a dimostrare che, si vogliano o no costoro qualificare nella maniera anzidetta, per gl'intervenuti medesimi la legge

(1) Mattirolo, *loc. cit.*, n. 800; ved. anche ivi n. 801 in nota.

non ha voluto vengano meno le norme speciali di competenza territoriale proprie alle controversie incidenti in una esecuzione: ed invero, anche senza dire delle controversie non di merito per le quali pare non si contrasti che, in forza di tutti gli articoli da noi citati nel § 27, ivi compreso lo stesso art. 616 argom. *a contr.*, questi *terzi* sono soggetti alla competenza speciale predetta, per quelle di merito vi sono essi del pari sottoposti: lo riconoscono gli avversari rispetto all'art. 647 (domanda in separazione) e non può, a nostro credere, negarsi che si deve ripetere una cosa simile per gli altri fra i detti articoli di cui nel cit. § 27 e in relazione alle controversie di merito che si sollevino da o contro i detti *terzi*.

30. Quella che a noi pare la vera ragione per la quale il terzo pignoratario nei casi di cui nell'art. 614 è soggetto alla speciale competenza territoriale, e non lo è invece per le controversie di cui nell'art. 616, quella ragione, dicevamo, la si sarà già rilevata da quanto si è detto nella precedente monografia (§ 6 n. 3) intorno alla posizione giuridica del terzo pignoratario di fronte all'esecuzione che si compie contro il proprietario delle cose da lui detenute o contro il suo creditore. Non è già, secondo noi, che il terzo pignoratario, per quanto *terzo* di fronte ai rapporti creditôri sanzionati da titolo esecutivo che intervengono fra creditore pignorante e debitore pignorato, non sia venuto ad essere *parte* nell'esecuzione, e che quindi costui, in quanto e finchè abbia questa veste di intervenuto, e di *parte* per conseguenza, nell'esecuzione, non possa e debba dirsi soggetto a quelle regole procedurali proprie dell'esecuzione alle quali non abbia il legislatore voluto introdurre un'eccezione a pro' di questi che si trovano coinvolti nell'esecuzione senza essere però colui contro il quale dessa si compie: per ciò che attiene alla competenza speciale alle

controversie incidenti nell'esecuzione il terzo pignoratario vi è soggetto per tutte quelle previste nell'art. 614, per quelle indicate per esclusione nell'art. 616, fra le quali, quanto all'art. 614, può esservi una questione di merito (1) qual'è quella del se egli sia detentore dei mobili o debitore della somma e se debba per conseguenza essere condannato a farne la consegna o il pagamento, e, quanto all'art. 616, quella che verificasi ove sia dato al terzo pignoratario di poter impugnare l'esistenza del credito per la soddisfazione del quale agisce il pignorante. Il perchè della differenza accennata fra l'art. 614 e l'art. 616 è che, secondo si è visto nella precedente monografia, il terzo pignoratario, il cui *coatto intervento* nell'esecuzione è ammesso solamente in quanto lo si presume detentore dei mobili o debitore della somma, vi è, per così esprimerci, trattenuto, solamente finchè quella presupposizione è ancora possibile, e quindi, dal momento ed in quanto, con dichiarazione regolarmente fatta, nega di essere detentore o debitore, cessa di essere parte nella esecuzione; nè, del resto, potrebbe essere altrimenti una volta che, come si è visto del pari nella precedente monografia, venuta meno con la dichiarazione negativa del terzo, la presunzione che in realtà il terzo detenesse dei mobili spettanti al debitore o dovesse a questo delle somme, la esecuzione cessa, il pretore non *rinvia* altrimenti d'*ufficio a udienza fissa* davanti alla autorità competente così come fa quando riconosca non essere di sua competenza una controversia, sia pure di merito, sollevata nell'esecuzione dal creditore o dal debitore, oppure dagli altri che abbiano parte nell'esecuzione medesima; egli si limita invece, *sull'istanza della parte interessata*, a dichiarare la controversia *rimessa* davanti all'auto-

(1) Ved. sopra, § 9 in fine.

rità competente secondo le norme ordinarie: se viene chiesta detta rimessione, se poi in realtà è iniziata la causa per far dichiarare la proprietà nel debitore pignorato dei mobili detenuti dal pignoratario o il debito di quest'ultimo verso il pignorato, e se finalmente la decisione di questa causa è favorevole al creditore pignorante, la esecuzione potrà riprender vita, ma frattanto la esecuzione avrà, ripetiamo, cessato di esistere.

31. Vediamo adesso le conseguenze che, in rapporto alla competenza, porta il fatto che si ponga a base delle differenze intercedenti fra l'art. 614 e l'art. 616 il criterio sopra esposto, e avremo luogo così di constatare se le applicazioni stesse, e quindi il principio da cui derivano, siano consoni a quanto, nei detti articoli, dispone in proposito la legge.

Se anche il terzo pignoratario, in quanto non si neghi detentore dei mobili o debitore delle somme e la sua affermazione non sia distrutta dalla sentenza del magistrato, deve, come si è detto, soggiacere alle norme di competenza speciali alle esecuzioni, egli, per dire in primo luogo degli atti non di *giurisdizione* che il magistrato deve compiere nella esecuzione, dovrà sottostare alla competenza speciale anzidetta per quanto p. e. riguarda la comparizione davanti al pretore (art. 611 n. 6), la dichiarazione da farsi davanti al cancelliere del pretore stesso (art. 615), la vendita o l'assegno di cui negli art. 618-622. — Altrettanto deve dirsi per le controversie che sorgano nell'ipotesi che il terzo pignoratario non comparisca, o, comparendo, ricusi di fare la dichiarazione; o per la questione di merito che il pretore o il tribunale decida nella contumacia del terzo pignoratario e che mette capo a quella condanna di lui a far la consegna dei mobili o il pagamento del debito la quale è fondata sulla implicita confessione della detenzione dei mobili o dell'esistenza del debito che la legge concede al giudice, ove altri fatti non la esclu-

dano, (1) di vedere nella contumacia del terzo a fare la dichiarazione (art. 614).

Tutto questo in quanto non sia fatta, o non sia fatta ancora, la dichiarazione per parte del terzo; quando invece sia fatta, possono « *intorno alla fatta dichiarazione* » sorgere delle controversie. Può in primo luogo la dichiarazione essere attaccata nella sua parte estrinseca, in quanto attiene alla sua forma (può, esemplifica il Mattirolo, essere impugnata perchè fatta da un mandatario del terzo, il quale mandatario non sia munito del mandato speciale voluto dall'art. 615), e per la competenza a giudicare della relativa controversia dovrà ripetersi quel che si è detto per le altre. Sia pure in fatti che la dichiarazione che si attacca per ragioni di forma sia una dichiarazione negativa, già sappiamo (ed è del resto evidente) che tale dichiarazione con la quale si neghi la detenzione dei mobili o la esistenza del debito porterà gli effetti da noi indicati solo in quanto dessa sia tale quale dev'essere perchè si abbia una valida dichiarazione del terzo. — Può invece la dichiarazione essere attaccata nella sua parte intrinseca, nel suo contenuto, ossia, se la dichiarazione è nel senso di non essere detentore di mobili che appartengano al debitore pignorato o non essere debitore delle somme colpite dall'esecuzione, può venir contrastata la verità dell'asserto; e, se invece la dichiarazione è in senso affermativo circa la detenzione o il debito, può essere impugnata la verità dell'implicita asserzione di non essere detentore dei mobili non dichiarati, o debitore delle somme non comprese in quelle di cui il dichiarante si è riconosciuto debitore; essendo elevate le quali contestazioni si verrà ad avere una controversia

(1) Dice il capov. 1° dell'art. 614 che il terzo « *può* essere dichiarato detentore ecc. » Ved. su ciò Mattirolo, *Diritt. giudiz.*, (ediz. 3ª) vol. V, nn. 750 e 751.

di merito promossa dal creditore pignorante o da altro interessato contro il terzo pignoratario. — Se ora si confrontano fra loro i due generi di controversie che abbiamo visto poter sorgere intorno alla fatta dichiarazione, e si ricorda quale, secondo noi, è il principio che determina le differenze che in tema di competenza si hanno per le controversie in cui sia parte il terzo pignoratario, si vedrà tosto che, mentre se la controversia intorno alla dichiarazione emessa dal terzo sia semplicemente di forma, la competenza a giudicare della medesima sarà quella speciale alle controversie incidenti in una esecuzione, la controversia di merito invece nella quale si questiona sulla proprietà dei mobili o sulla esistenza o ammontare del debito non potrà essere sottratta alla competenza ordinaria. — Tutto questo ci sembra manifesto che abbia appunto disposto il legislatore allorchè nell'art. 616 si esprime così: « quando insorgano controversie intorno alla fatta di« chiarazione, le quali non siano di pura forma, sull'istanza « della parte interessata sono rimesse alla decisione dell'au« torità giudiziaria che sarebbe stata competente, se il dichia« rante fosse stato citato direttamente dal proprio creditore ».

32. Mentre, come si è detto, non è allo stesso nostro principio che si dicono ispirate le disposizioni dell' art. 614 messo anche in rapporto al 616, tutti spiegano l' art. 616 distinguendo fra le controversie di pura forma e le controversie di merito sulla fatta dichiarazione; sicchè, per diverse vie, giungeremmo alle stesse conseguenze. (1) Nella pratica però vediamo comprese fra queste controversie di merito sog-

(1) Ved. Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, n. 748 e seguenti, e Ricci, *Comm.*, (ediz. 1ª) vol. III, n. 114 e segg.; e, fra le decisioni, per esempio: Appello Lucca, 10 aprile 1867 (*Annali*, II, II, 347 ed ivi nota); Cassazione Firenze, 14 novembre 1867 (*ibid.*, I, I, 1, 389 ed ivi nota); Appello Firenze, 23 aprile 1872 (*ibid.*, VI, II, 153); Cassaz. Roma, 16 maggio 1879 (*Legge*, 1879, I, 515).

gette alla competenzá ordinaria quella che il terzo pignoratario a ciò interessato sollevi intorno alla pignorabilità di quanto è stato colpito dalla esecuzione. (1)

Noi primieramente, non sappiamo come una controversia simile possa dirsi di merito: per questione di merito noi, e, crediamo, tutti, intendiamo quella in cui si tratta della esistenza di un diritto, e qui invece si tratta dell'esistenza della sotto-azione a reintegrare un diritto mediante la esecuzione, tanto è vero che, per risolvere la questione della pignorabilità, le disposizioni relative bisognerà cercarle nel codice di procedura civile; per noi è questione di procedura in largo senso, e precisamente di esecuzione; si tratta appunto di sapere se, indipendentemente dall'esistenza del credito nel procedente, egli abbia, in relazione a ciò che è stato da lui pignorato, là sotto-azione a colpire quei mobili o quelle somme mediante gli atti esecutivi: simile questione è del tutto analoga a quella circa il se, per esempio, indipendentemente dall'esistenza del credito nel procedente, egli abbia, in relazione al tempo in cui il pignoramento si faccia, la sotto-azione a colpire mediante

(1) Ved. in tal senso Mattirolo, *loc. cit.*, vol. V, nn. 748 e 754, e Appello Venezia, 15 aprile 1887 (*Temi Veneta*, 1887, 235) — Conf. alla tesi nostra ved. la decisione della Cassazione di Torino, 12 marzo 1869, est. Pescatore (*Annali*, III, I, 1, 59, e *Giurisprudenza*, 1869, 258) nella quale appunto, fra quelle per cui vale la speciale competenza per territorio in parola, è annoverata la controversia derivante dal fatto che « il terzo detentore eccepisca che le cose « da lui detenute appartengono alla classe di quelle di cui la legge nell'inte- « resse del debitore ha vietato il pignoramento », controversia che, insieme alle altre consimili, viene nella decisione stessa messa, sotto il rispetto accennato, in contrapposto a quella derivante dalla impugnazione della veridicità di quanto si contiene nella dichiarazione emessa dal terzo. — In senso del pari conforme alla opinione nostra ved., in tema di appello, la decisione della Cassazione stessa del 25 marzo 1880 (*Annali*, XV, I, 1, 195) ove si dice che per ritenere di merito, di cognizione, la controversia in parola « bisogna avere « smarrita la via del'a ragione giuridica ».

l'esecuzione certi mobili o certi crediti in tempo di notte (cod. proc. civ., art. 42 in princip.); e che tale questione costituisca una controversia di merito nessuno certamente lo sosterrebbe. — Ma poi supponiamola pure una controversia di merito: una volta dimostrato però che, anche per le controversie di merito, gl'intervenienti nella esecuzione sono soggetti alla competenza speciale alle controversie incidenti nelle esecuzioni, rimane da spiegare perchè, rispetto alle controversie non di pura forma intorno alla fatta dichiarazione, si faccia eccezione a detta regola: e se il perchè ne è quello da noi accennato si intende non potersi parlare di competenza speciale quanto alla questione sorta dietro la negazione diretta o indiretta del terzo pignoratario di essere detentore dei mobili o debitore delle somme, ma non si comprenderebbe perchè dovesse dirsi altrettanto per quest'altra supposta questione di merito concernente la pignorabilità dei mobili o delle somme. Indipendentemente del resto dai principî, sembraci che l'art. 616 non consenta di poter comprendere la controversia in parola fra quelle ivi previste: dessa non è (lo concordano gli avversari) « di pura forma »; le altre controversie designate per esclusione dall'articolo medesimo tutti convengono essere questioni di merito; se la controversia stessa non è di merito non potrà rientrare neppure fra queste. Siccome per altro è vero che parlano gli avversari, ma non la legge, di controversia « di merito », così sarebbero le parole degli avversari, non quelle della legge, che combatterebbero l'assunto loro: ma se la legge non parla di controversia « di merito » parla però di controversie che « insorgano .... *intorno* alla fatta di- « chiarazione », e la controversia sulla pignorabilità dei mobili o del credito non si può, a nostro credere, dire una controversia *intorno* a quella dichiarazione nella quale non debbono trovar posto delle eccezioni che il terzo sollevi, ma unica-

mente le dichiarazioni (chiamasi appunto — *dichiarazione* —) intorno a tutto quello che l'art. 613 designa. La legge dice inoltre che, se sorgano quelle tali controversie, « sull'istanza « della parte interessata sono rimesse alla decisione dell'auto- « rità giudiziaria che sarebbe stata competente, *se il dichia-* « *rante fosse stato citato direttamente dal proprio credi-* « *tore* »; dunque il legislatore presuppone che il terzo pignoratario non sia convenuto direttamente dal proprio creditore, ma che convenuto lo sia; ora se, quanto alle controversie intorno all'estrinseco o all'intrinseco della dichiarazione, non sarà certamente lui che la ha fatta (e cui in ogni modo difetterebbe l'interesse) quegli che la attaccherà, viceversa nella questione intorno alla pignorabilità dei mobili o del credito si presuppone che si faccia lui attore. — Ed è naturale che per tal modo venga ad aversi che il terzo pignoratario sia esente dalla speciale competenza per territorio in discorso solo allorquando è convenuto, e convenuto per una questione di merito: egli non è intervenuto *volontariamente*, ma *coattivamente* nella esecuzione; questo non toglie che egli pure venga ad esservi parte per quanto secondaria e possa sottostare alle norme procedurali proprie all'esecuzione; ma è manifesto però che, ove si tratti nulla meno che di sapere se i mobili sono suoi oppur no, se egli è debitore o no, quando anche la relativa controversia non si dovesse, per le ragioni che sappiamo, considerarsi come estranea ad una esecuzione, sarebbe sempre spiegabile come si sottraesse alla detta competenza speciale la controversia in parola che è in realtà di merito e in cui il terzo pignoratario è convenuto, e non si facesse altrettanto quando la questione non sia di merito, o, se pur potesse esserlo, il terzo medesimo siasi fatto attore e così, per quanto abbia dovuto intervenire coattivamente, sia, col farsi appunto attore, venuto lui stesso a mettersi in una posi-

zione consimile a quella dell'intervenuto volontariamente. Ed è naturale pur anche che in questo modo si giunga per esclusione a stabilire come sia solamente per la controversia intorno alla proprietà dei mobili o all'esistenza del debito che il terzo pignoratario è sottratto alla competenza per territorio in parola; è solamente in fatti nel caso presupposto da una simile controversia, vale a dire di negazione per parte del terzo di essere detentore o debitore, che ricorre l'ipotesi nella quale, come si è visto nella precedente monografia, la esecuzione viene, almeno temporaneamente, a cessare, e in cui ad ogni modo, ove pur questo non fosse, il terzo dovrebbe da quel momento non considerarsi altrimenti come parte nella esecuzione. — Gli avversari, nell'estendere l'applicazione dell'art. 616 al caso in cui il terzo muova la questione della pignorabilità dei mobili o del credito, sono stati, se non c'inganniamo, tratti in errore dal presupporre che, tutte le controversie che sorgano *dopo* la fatta dichiarazione, siano *intorno* alla dichiarazione medesima, e non potendo in modo alcuno mettere la detta questione fra quelle di *pura forma*, e intravedendo dall'altro canto che l'articolo stesso mira soltanto, per via d'esclusione, a delle controversie di merito, la dicono essa pure di merito, quasi che questioni *procedurali* (che stanno appunto in contrapposto alle questioni *di merito*) fossero soltanto quelle di *forma*, anzi, come si esprime l'art. 616, di *pura forma*. Che se invece si esclude, come pare indubbio debba farsi, essere la questione predetta quella *non di pura forma* e *intorno alla fatta dichiarazione* di cui parla l'articolo citato; se con gli avversari si esclude del pari che dessa sia una quistione di *pura forma*, avremo in lei una controversia nata dopo la dichiarazione del terzo, ma che pure non è, nè in via positiva nè in via negativa, contemplata dall'articolo stesso. E per noi sta appunto

che la questione in parola non è fra quelle di cui si occupa il citato articolo, e che, invece di un simile articolo, deve, per analogia, valere la regola applicata dalla legge, per le stesse controversie di merito, anche ai terzi, e allo stesso terzo pignoratario per ciò che riguarda la sua condanna in contumacia alla consegna dei mobili o al pagamento del debito, la regola, vogliam dire, per la quale le controversie, di qualunque genere siano, incidenti nella esecuzione, sono soggette alla competenza per territorio speciale alle controversie medesime.

33. Le quali cose tutte che abbiamo dette per il caso in cui vien concesso al terzo pignoratario di sostenere in luogo e vece del debitore pignorato la non pignorabilità dei mobili o del credito, dovranno naturalmente ripetersi (salvo che qui tratterebbesi in realtà di una controversia di merito) nel caso sia concesso al terzo medesimo di sostituirsi al debitore stesso per impugnare la esistenza nel creditore pignorante del credito in ordine al quale questi procede.

INDICE

Prezzo: L. 4